Der

# Erwerb und Verlust

## des mittelbaren Besitzes.

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Rudolf Strauss,

Referendar aus Barmen.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

ROSTOCK
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1904.

Den Manen

meines teuren Vaters!

Franke: Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, insbesondere das gegenseitige Verhältnis des Besitzmittlers und des mittelbaren Besitzers. 1903.

Gärtner: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust. 1901.

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes nach dem BGB. 1897.

Gierke: Gutachten über die Frage: ist nach den Vorschriften des BGB. die Verfolgung des dinglichen Anspruchs auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? (Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentags S. 29 ff. 1898).

Grützmann in Krit. Vierteljahrschrift B. 41 S. 496 ff.

Heinrichs: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter. 1899.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. 1900. (Fischers Abhandlungen B. 6).

Josef: Erläuterungen zu den Besitzklagen des BGB. aus dem pr. Recht und der pr. Rechtsprechung. (Arch. f. bürg. Recht B. 15 S. 265).

Juristische Wochenschrift.

Klein: Der mittelbare Besitz des BGB. 1899.

Kniep: Der Besitz des BGB., gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1900.

Leonhard: Die Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.

Matthiass: Lehrbuch des bürg. Rechts. Sachenrecht. 1900.

Männer: Das Recht der Grundstücke nach dem BGB. und der GBO. 1899.

Motive zum BGB.

Munscheid: Stellvertretung im Besitzerwerb. 1901.

Neumann: Handausgabe des BGB. Sachenrecht. 1900.

Oertmann: Das Besitzrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut der Frau. (Jher. Jahrb. B. 44. 1902).

Planck: Kommentar zum BGB. Sachenrecht §§ 854 bis 928 1904, im übrigen 1900.

Protokolle zum BGB.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Regelsberger: Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen. (Jher. Jahrb. B. 44 S. 398 ff. 1902).

Reichsgerichtsentscheidungen in Civilsachen.

Riedinger: Der Besitz der gepfändeten Sachen. 1903.

Schoen: Ist die Eigentumsklage des BGB. nur gegen den unmittelbaren oder auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? 1899.

Soergel: Rechtsprechung.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. (Jher. Jahrb. B. 38 S. 1 ff. 1898).

Thiesing: Ist der Veräusserer einer Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? (Arch. f. bürg. Recht B. 20 S. 240 ff. 1902).

Thoma: Die Bedeutung des Besitzwillens. 1900.

Ullmann: Einige Streitfragen aus dem Gebiete des gesetzlichen Güterrechts. (Arch. f. die civ. Prax. B. 92 S. 288 ff.)

von Staudinger: Kommentar zum BGB. Sachenrecht, erläutert von Kober. 1903.

Warneyer: Jahrbuch I u. II.

Weidemann: Der mittelbare Besitz des BGB. 1902.

Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. (Arch. f. die civ. Prax. B. 87 S. 40 ff. 1897).

Wendt: Gutachten über die Frage (s. Gierke). (Verhandlungen des 24. Deutsch. Juristentags S. 1 ff. 1898).

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleich. Darstellung des bürg. Rechts. 1900.

Wolff: Der Begriff des Besitzes nach dem BGB. 1898.

Wolff, Martin: Der Mitbesitz nach dem BGB. (Jher. Jahrb. B. 44 S. 143 ff. 1902).

# Inhalt.


Einleitung. . . . . § 1.

A. Allgemeiner Teil:

I. Begriff und Wesen des mittelbaren Besitzes. § 2.

II. Wer ist befähigt, Träger des mittelbaren Besitzes zu sein? Insbesondere die Willensfrage in der Person des mittelbaren Besitzers und des Besitzmittlers. . . . . § 3

III. Der Gegenstand des mittelbaren Besitzes. § 4.

B. Besonderer Teil:

I. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes:

1. auf rechtsgeschäftlichem Wege:

a) durch Besitzüberlassung, . . . . § 5.

b) durch constitutum possessorium, . § 6.

c) durch Abtretung des Herausgabeanspruchs; . . . . . § 7.

2. auf nicht rechtsgeschäftlichem Wege:

a) durch Erbgang, . . . . . § 8.

b) durch Einsetzung zum Nacherben, . § 9.

c) durch Stellvertretung, . . . . . § 10.

d) durch Fund. . . . . § 11.

II. Der Verlust des mittelbaren Besitzes:

1. durch den Verlust des unmittelbaren Besitzes, von dessen Existenz er abhängt:

a) durch Aufgabe des unmittelbaren Besitzes, . . . . . § 12.
b) durch unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes; . . . . § 13.
2. bei Fortdauer des ihn bisher vermittelnden unmittelbaren Besitzes:
α. nur in der Person des mittelbaren Besitzers:
a) durch Tod des mittelbaren Besitzers, . . . . . § 14.
b) durch Abtretung des Herausgabeanspruchs; . . . . . § 15.
β. schlechthin:
a) durch Aufhebung des Besitzmittlungsverhältnisses, . . . . § 16.
b) durch Geltendmachung der Verjährungdes Herausgabeanspruchs und durch Ersitzung des Eigentums. § 17.

# Einleitung.

## § 1.

Durch das BGB. ist die Besitzlehre um ein Institut bereichert worden, das der früheren Gesetzgebung unbekannt war: um den sogenannten mittelbaren Besitz. Er ist aus dem Bedürfnisse heraus entstanden, denjenigen, denen zwar die Sache selbst fehlt, die aber darum doch nicht ohne Interesse zur Sache stehen, die aus dem Besitze entspringenden Vorteile zu teil werden zu lassen.

Inwieweit allerdings die Vorschriften, die das BGB. über den „Besitz" aufgestellt hat, auch auf den mittelbaren Besitz Anwendung finden, darüber gehen die Ansichten auseinander. Man mag sich der — zweifellos zu engen — Auffassung Wendts[1] anschliessen,

1) S. 48, 71. Auch bzgl. der Rechtsfolgen verkennt Wendt die Bedeutung des mittelbaren Besitzes. Er erklärt, dass der mittelbare Besitz ad unam tantum causam geschaffen sei, um nämlich dem mittelbaren Besitzer ein Klagerecht zu geben, wenn dem unmittelbaren Besitzer durch verbotene Eigenmacht der Besitz entzogen werde (§ 869). Dem gegenüber genügt schon der Hinweis auf die §§ 930, 934, 935, 941, 991, 1006, 1205[2], in denen das BGB. den mittelbaren Besitz ausdrücklich in Betracht zieht; vgl. ferner §§ 76, 325 CPO. Hierzu auch Strohal S. 41. — Besonders wichtig die Frage der Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers gegenüber der rei vindicatio: bejaht u. a. von Biermann § 985 N. 3, Fischer D. J.-Ztg. 1898 S. 367, Fischer-Henle § 985 N. 2, Gierke Fahrn. S. 53 ff., Gutachten S. 29 ff., Planck § 985 N. 1 b β, R.-Spr. d. OLG. B. 2 S. 267, Strohal S. 45 ff., v. Staudinger § 985 2 c; verneint von Bartels 652, Wendt Arch. S. 68 ff., Gutacht. S. 3 ff.

dass, wo das Gesetzbuch in irgend einer Beziehung vom Besitzer rede, der mittelbare Besitzer niemals mitgemeint sei, oder der zweiten Redaktionskommission,[1] die den mittelbaren Besitz ins Leben gerufen, und der Mehrzahl[2] der Schriftsteller darin beitreten, dass grundsätzlich unter dem Besitzer auch der mittelbare verstanden werden müsse, oder endlich den vermittelnden und u. E. richtigen Standpunkt Strohals[3] teilen, es bedürfe erst jedesmaliger Auslegung und Prüfung, ob sich eine den Besitz betreffende Bestimmung auch auf den mittelbaren Besitzer beziehe, — der Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes ist jedenfalls dem Prinzipe nach selbständig zu beurteilen.

Denn der Grundsatz der tatsächlichen Gewalt, mit deren Erlangung der Besitz entsteht und mit deren Beendigung er in sich zusammenfällt, darf unmöglich auch auf den mittelbaren Besitz ausgedehnt, sondern muss auf den unmittelbaren Besitz, d. i. eben der an die tatsächliche Sachherrschaft gebundene Besitz, eingeschränkt werden. Eine Anwendung des Grundsatzes der tatsächlichen Gewalt auch auf den Gewinn und Verlust des mittelbaren Besitzes würde im Widerspruche stehen mit seinem Begriffe und Wesen, da er Besitz ohne tatsächliche Gewalt ist.[4]

---

1) Vgl. Prot. IV. S. 584 ff., Denkschr. S. 115. 2) Cosack S. 63, Dernburg S. 46 ff., Endemann S. 125, Fischer in D. J.-Ztg. 1898 S. 366, Fischer-Henle § 868 N. 1, Gierke Fahrn. S. 7 Anm. 15, Gutachten S. 32, 35 ff., Leonhard S. 70, Windscheid-Kipp S. 700. 3) S. 29; ebenso Biermann § 868 N. 5, Planck § 868 N. 4, v. Staudinger § 868 N. 3. 4) Vgl. u. S. 17.

Positive Normen über den Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes fehlen. Man hätte vielleicht erwarten können, dass der Gesetzgeber bei der Schöpfung jenes modernen Rechtsinstituts gerade die Erwerbs- und Verlustgründe, diese Kardinalfragen, geregelt hätte, weil von ihnen die praktisch oft so bedeutsame Existenz des mittelbaren Besitzes abhängt. Bei der Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen des mittelbaren Besitzes liess sich aber ein einheitlicher Grundsatz für den Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, wie es beim unmittelbaren Besitz der Fall ist, nicht aufstellen. Der Gesetzgeber hat sich daher darauf beschränkt, von einer Bestimmung über die Übertragung und den Rechtsschutz des mittelbaren Besitzes abgesehen, uns nur einzelne Beispiele des mittelbaren Besitzes aufzuzählen und die Beantwortung der Frage, wie mittelbarer Besitz gewonnen und verloren wird, der Theorie und Praxis zu überlassen.

Infolgedessen hat sich ein geradezu auffallender Zwiespalt der Meinungen darüber herausgebildet, ob im Einzelfall mittelbarer Besitz vorhanden ist oder nicht. Dies ist aber nicht allein auf den Mangel gesetzlicher Vorschriften zurückzuführen, sondern auch auf die schwierige Erkenntnis des Begriffes und Wesens des mittelbaren Besitzes. Es erscheint daher als unerlässliche Vorbedingung der Betrachtung des Erwerbs und Verlusts des mittelbaren Besitzes, zunächst seinen Begriff und sein Wesen nach Möglichkeit zu klären.

# A. Allgemeiner Teil.

## I. Begriff und Wesen des mittelbaren Besitzes.

### § 2.

Wie der Gesetzgeber regelmässig auf eine gesetzliche Feststellung von Begriffen verzichtet, so hat er es auch unterlassen, eine erschöpfende Definition des mittelbaren Besitzes zu geben. Er sagt vielmehr im § 868 BGB. nur:

„Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitzer)." Daraus ergibt sich im einzelnen folgendes:

1. **Es gibt keinen mittelbaren ohne unmittelbaren Besitz.** Denn dem Vermieter, Verpächter usw. steht immer ein Mieter, ein Pächter gegenüber. Es ist also stets ein **Doppelbesitz**[1] an derselben Sache vorhanden: ein mittelbarer und ein unmittelbarer.

1) Die Entwicklung eines Doppelbesitzes reicht bis in das römische Recht zurück. Hier waren die heutigen unmittelbaren Besitzer zwar regelmässig nur Detentoren, aber die sogenannten abgeleiteten Besitzer: Pfandgläubiger, Sequester und Prekarist, hatten „Interdictenbesitz", während der Verpfänder, die siegende Sequestrationspartei und der Verleiher beim Precarium „possessores ad usucapionem" waren. (l. 16 D. 41,3; l. 39 D. 41,2; l. 15 § 4 D. 43,26.) Im germanischen Recht sind die Doppelbesitzverhältnisse ausgeprägter. Bei Grundstücken gab es eine doppelte Gewere in der Weise, dass neben einer „Lehns-", „Nutzungs-", „Leibzuchts-",

Dieser Doppelbesitz kann sich sogar zu einem drei-, vierfachen und ferneren Besitz erweitern, wenn nämlich der unmittelbare Besitzer seinerseits seinem unmittelbaren Besitz einen neuen unmittelbaren Besitz unterordnet und dadurch selbst mittelbarer Besitzer wird.[1] So kann sich eine ganze Kette von mittelbaren Besitzern bilden, und zwar entfernt sich in dieser der mittelbare Besitz gliedweise von der beherrschten Sache. Am Anfang der Kette steht ein mittelbarer Eigenbesitzer, die Mitte nehmen mittelbare Fremdbesitzer ein, während das Endglied durch einen unmittelbaren Fremdbesitzer gebildet wird. Wird die Kette dadurch geschlossen, dass der mittelbare Eigenbesitzer den unmittelbaren Besitz der Sache erhält, so ist der unmittelbare Besitzer Eigenbesitzer.[2]

„Leihegewere" gleichzeitig eine „egenlike Gewere" vorhanden sein konnte. Ausserdem findet sich eine Doppelgewere in der Unterscheidung zwischen „lediglicher" und der durch ihren Träger vermittelten Gewere eines Oberherrn. Vgl. Heusler, die Gewere 1872 S. 145, Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte 1895 S. 371. Das pr. ALR. I. 7 § 3 ff. kennt den Gegensatz zwischen „vollständigem" Besitz des Eigentumbesitzers, der die Sache in seinem Gewahrsam hat in der Absicht, darüber für sich zu verfügen, und „unvollständigem" Besitz desjenigen, der ein beschränktes Recht an der Sache ausübt. — Der Doppelbesitz ist keine compossessio plurium in solidum, kein Mitbesitz, sondern mehrfacher Besitz. Denn Mitbesitz liegt nur dann vor, wenn mehrere dieselbe Sache unmittelbar oder mittelbar besitzen. Vgl. M. Wolff S. 146 ff.; a. M. Bartels S. 652; Dernburg S. 47.

1) Denn § 871 bestimmt: „Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer"

2) Als Beispiel diene ein Reitpferd, das vom Eigentümer während einer Reise einem Dritten zur Verwahrung, von diesem einem andern zur Miete übergeben wird, der es wiederum an einen redlichen Gläubiger verpfändet. Hier ist

Im inneren Verhältnis des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer erscheint ersterer als der Besitzherr, der Oberbesitzer, da er rechtlich näher zur Sache steht, im Verhältnis der beiden nach aussen, zu dritten, der unmittelbare Besitzer als der Mächtigere. Denn faktisch steht er näher zur Sache; nur er hat die tatsächliche Gewalt, d. i. „die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache".[1] Der mittelbare Besitzer hat entweder früher, bevor er mittelbarer Besitzer wurde, niemals die tatsächliche Gewalt besessen[2] oder er hat sie durch Hingabe der Sache zu Pacht, Miete, Niessbrauch verloren. Er besitzt jetzt nur noch kraft der tatsächlichen Gewalt des unmittelbaren Besitzers, der zwischen ihm und der Sache steht. Letzterer vermittelt somit den mittelbaren Besitz der Sache und wird des-

---

der Pfandgläubiger unmittelbarer Fremdbesitzer, der Mieter bzw. Verpfänder mittelbarer Fremdbesitzer ersten, der Verwahrer bzw. Vermieter mittelbarer Fremdbesitzer zweiten, der Eigentümer mittelbarer Eigenbesitzer dritten Gliedes. Mietet etwa der Eigentümer vom Pfandgläubiger das Pferd oder wird er nach Massgabe des § 1217 BGB. zum gerichtlichen Verwahrer bestellt, so wird er zugleich unmittelbarer Eigenbesitzer. **Unmittelbarer und Eigen-Besitz sind also keine Gegensätze:** a. A. Fischer-Henle § 868 N. 1. Der unmittelbare Besitzer kann vielmehr ebenso wie der mittelbare sowohl Eigen- wie Fremdbesitzer sein. Auch Planck irrt mithin, wenn er § 868 N. 2 b sagt, der Eigentümer, der seine Sache selbst im Besitze habe, vermittele keinen mittelbaren Besitz. Erwirbt allerdings ein unmittelbarer Fremdbesitzer später, nach der Begründung des durch ihn vermittelten mittelbaren Besitzes, Eigentum, so hört er auf, Besitzmittler zu sein.

1) Planck § 854 N. 2. Ein körperliches Näheverhältnis wird also nicht erfordert. 2) So in den Fällen unten §§ 6–8, 10.

halb mit Recht **„Besitzmittler"** oder **„Besitzvermittler"**[1] genannt.[2]

II. Der mittelbare Besitz ist also **keine Fiktion**,[3] wie Bartels,[4] Klein[5] und Wendt[6] annehmen, sondern ist als ein wahrer, durch den unmittelbaren Besitzer vermittelter „Auchbesitz" anerkannt.

Es ist aber **keine** vera possessio im Sinne tatsächlicher **Sachgewalt** oder **Sachherrschaft**, wie ihn Cosack,[7] Gierke,[8] Leonhard,[9] Schoen,[10] v. Staudinger[11] und Martin Wolff[12]

1) Bekker S. 21. Brauchbar auch „vermittelnder Besitzer": Biermann § 868 I c, „Zeit-" im Gegensatz zu „Dauerbesitzer": Kniep S. 16, „Unter-" im Gegensatz zu „Oberbesitzer": Enneccerus-Lehmann S. 58. Nicht zu empfehlen „Beschränkter", „Lehnbesitzer": Gierke Fahrn. S. 6 A. 10, „Fremd-" im Gegensatz zu „Eigenbesitzer": Dernburg S. 46 (vgl. Anm. 2 S. 15 f), „abgeleiteter Besitzer": Wendt S. 44, „Staffelbesitzer": Weidemann. 2) Im Falle mittelbaren Kettenbesitzes sind alle Nachmänner Besitzmittler ihrer Vormänner. 3) Die Auffassung des mittelbaren Besitzes als einer possessio ficta dürfte sich auf der Anschauung der zweiten Redaktionskommission aufbauen, der aber, wie Planck (§ 868 N. 5) und Biermann (§ 868 N. 1 b) mit Recht hervorheben, keine entscheidende Bedeutung beizumessen ist. Die Kommission war der Ansicht, dass sich der mittelbare Besitz als ein Institut von zweifelhaft juristischem Charakter darstelle; der mittelbare Besitz sei zwar in einigen Beziehungen wie ein wirklicher Besitzer zu behandeln, aber diese Bestimmungen seien rein positive und es könne aus ihnen ein zwingender Schluss auf die Behandlung des mittelbaren Besitzes als eines wirklichen Besitzes nicht gezogen werden. (Prot. III. S. 332.) 4) S. 652, 659, 667 f. 5) S. 22 ff., ebenso M. Wolff S. 146. 6) S. 47 ff. Zur Begründung führt Wendt aus: eine possessio plurium in solidum sei theoretisch ein Monstrum und praktisch undurchführbar und widerspreche der Rechtsentwicklung (? vgl. o. A. 1 S. 14 f.). 7) S. 63 Z. 4, S. 73 a. 8) Fahrn. S. 7 A. 45, S. 53 ff., Gutachten S. 32, 35 ff 9) S. 70. 10) S. 12. 11) § 868 N. IV. 12) S. 146.

hinstellen; denn seinem Träger ist die Möglichkeit tatsächlicher Machtentfaltung versagt.

Er **beruht** vielmehr **tatsächlich nur auf der realen Herrschaft des Besitzmittlers.** Wie nämlich einerseits der Besitzmittler durch seine Herrschaft über die Sache den mittelbaren Besitzer von derselben trennt, so erhält er anderseits dessen tatsächliche Beziehungen zur Sache aufrecht. Der mittelbare Besitz ist demnach als eine **tatsächliche Beziehung einer Person** (des mittelbaren Besitzers) zu einer Sache anzusehen, **die durch die unmittelbare Sachherrschaft eines Dritten (des unmittelbaren Besitzers, Besitzmittlers) getragen wird.**[1]

III. Diese tatsächliche Beziehung wird nun rechtlich durch ein zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehendes Verhältnis hergestellt. Es ist die Brücke, die den mittelbaren Besitzer mit der Sache verbindet, ein Verhältnis eigener Art mit scharf umrissenen Grenzlinien und wird als „**Besitzmittlungs-**" oder „**Besitzvermittlungsverhältnis**" bezeichnet.

Das BGB. führt selbst einige solcher Besitzvermittlungsverhältnisse an und nennt den Niessbrauch, das Pfandrecht, die Pacht, den Miet- und Verwahrungsvertrag, um im übrigen auf „ähnliche" Verhältnisse zu verweisen. Wie muss das ähnliche Verhältnis geartet sein?

1. Die einzige Handhabe, die das Gesetz in § 868 gewährt, liegt darin, dass **vermöge des Verhältnisses**

1) Vgl. Planck § 868 N. 2 u. 5, Strohal S. 20, dazu Denkschrift S. 111, 119.

**der Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber zum unmittelbaren Besitz auf Zeit berechtigt oder verpflichtet wird.**[1]

Es bildet also zunächst eine charakteristische Eigenschaft des Verhältnisses, dass es eine auf — bestimmte oder unbestimmte — Zeit begrenzte Berechtigung oder Verpflichtung zum unmittelbaren Besitze einer Sache erzeugt. Und zwar muss es dem Verhältnisse typisch, eigentümlich sein, dass es gerade seiner **juristischen Natur** nach darauf angelegt ist, eine Sache nur vorübergehend im unmittelbaren Besitze einer Person zu belassen. M. a. W.: es darf sich nicht um ein Verhältnis handeln, welches, wie z. B. das Veräusserungsgeschäft, von vornherein, seiner inneren Zweckbestimmung nach darauf abzielt, dem unmittelbaren Besitzer Dauerbesitz zu verschaffen. Dass das Verhältnis letzter Gattung im Einzelfall durch Beifügung einer Resolutiv- oder Suspensivbedingung, eines Anfangs- oder Endtermins zeitlich beschränkt wird, vermag es noch nicht zu einem ähnlichen Verhältnisse zu stempeln, wenn es nicht auch von Natur aus, unbedingt oder unbefristet, dem Besitzmittler Zeitbesitz verleiht.[2]

Ob nach Beendigung des Verhältnisses der Zeitbesitz des unmittelbaren Besitzers, wie möglicherweise beim Pfandvertrage, in einen Dauerbesitz über-

1) Bei einer Kettenreihe von mittelbaren Besitzern wird erfordert, dass ausser dem unmittelbaren Besitzer jeder mittelbar besitzende Nachmann seinem Vormann gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. 2) Deshalb sind der Veräusserer unter Eigentumsvorbehalt und der Besteller eines Erbbaurechts keine mittelbaren Besitzer, s. unten S. 46 ff.

geht, oder sich der unmittelbare Besitzzustand, wie immer bei Miete, Pacht, Verwahrung und Niessbrauch in einen besitzlosen verwandelt, indem nunmehr der mittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz der Sache erhält, darauf kommt nichts an.[1]

Je nachdem im Einzelfall eine Berechtigung oder eine Verpflichtung zum unmittelbaren Besitze vorliegt, der Besitz des unmittelbaren Besitzers seinem eigenen Interesse oder dem des mittelbaren Besitzers dient, haben wir regelmässig einen „Nutz-" oder „Verwaltungsbesitz" („Sequestrationsbesitz")[2] des unmittelbaren Besitzers vor uns.

Dementsprechend können Besitzmittler mit Nutzbesitz sein: der Mieter, Pächter, Entleiher, Zurückbehaltungsberechtigte, Niessbraucher, Faustpfandgläubiger, Ehemann, Inhaber der elterlichen Gewalt (Vater, Mutter). Als Besitzmittler mit Verwaltungsbesitz im engeren Sinne kommen in Betracht: der Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter, der in Gemässheit der §§ 1052, 1217 BGB. gerichtlich bestellte Sequester, der Konkursverwalter und Gerichtsvollzieher; als Besitzmittler mit Verwaltungsbesitz im weiteren Sinne: der Verwahrer, Beauftragte, soweit er nicht in eigenem Namen handelt,[3] der locator beim Werkvertrage, der Finder, der Verkaufskommissionär, Agent, Lagerhalter, Spediteur, Schiffer usw. Doch ist der Unterschied

1) Vgl. u. S. 47 ff. 2) Vgl. Strohal S. 14 f. 3) s. u. § 10 sub. I 1.

zwischen Nutz- und Verwaltungsbesitz ein sehr flüssiger, da neben jeder Berechtigung zum Besitze eine Verpflichtung einhergeht und umgekehrt neben jeder Verpflichtung zum Besitze eine Berechtigung.

2. Eine solche Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze vermag nun nur ein **Rechts**verhältnis,[1] d. h. ein rechtlich geordnetes Verhältnis, hervorzubringen. Das ist zwar im § 868 nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber § 930 BGB., in dem von einem „Rechtsverhältnisse, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt", die Rede ist, und § 76 CPO., der ein „Rechtsverhältnis der im § 868 BGB. bezeichneten Art" vorschreibt, weisen darauf hin. Ein tatsächliches Verhältnis kann niemals die Grundlage mittelbaren Besitzes sein. So übt der Pächter, auf dessen Grundstück durch Überschwemmung oder durch Gewalt des Windes Sachen eines andern gelangt sind, zwar unmittelbar die Gewalt über sie aus, vermittelt aber an ihnen in Ermangelung jeden rechtlichen Bandes dem bisherigen Besitzer keinen mittelbaren Besitz.

Das Rechtsverhältnis kann nicht bloss obligatorischen oder dinglichen Charakters sein, wie das Reichsgericht[2] annimmt, sondern auch anderer, z. B. familien- oder erbrechtlicher Natur.[3] Daraus, dass der Gesetzgeber als Beispielfälle im § 868 nur obligatorische oder dingliche Rechts-

---

1) a. M. Biermann § 868 N. 7. 2) RGE. B. 49 S. 173. 3) Dies entspricht auch der überwiegenden in der Literatur vertretenen Auffassung. Weshalb sollen z. B. nicht die Ehefrau, deren eingebrachtes Gut der Ehemann in Besitz genommen hat, oder der Erbe, dem ein Testamentsvollstrecker zur

verhältnisse aufgeführt hat, kann doch wohl schwerlich auf eine Absicht geschlossen werden, unter die „ähnlichen“ Verhältnisse nur obligatorische oder dingliche einzureihen.

Dass das Rechtsverhältnis auch ein rechtsgültiges Verhältnis sei, ist nicht erforderlich. „Als Niessbraucher“ besitzt auch derjenige, welcher eine Sache zum Zwecke der Ausübung eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Niessbrauchs inne hat, und vermittelt dem Besteller mittelbaren Besitz. Es **genügt ein Putativverhältnis**, das, seine Rechtsgültigkeit vorausgesetzt, geeignet wäre, ein Besitzmittlungsverhältnis bilden zu können.[1]

Anderseits ist auch **nicht notwendig**, dass das Rechtsverhältnis ein **Rechtsgeschäft**[2] sei, also auf einer

---

Seite gestellt ist, in gleicher Weise die mit dem mittelbaren Besitz verbundenen Vorteile geniessen wie ein Niessbraucher oder Hinterleger? Wie bei der Ehefrau noch nachgewiesen werden wird, ergibt sich dies mit Notwendigkeit aus anderen gesetzlichen Bestimmungen, s. u. § 10 III.

1) Ebenso Biermann § 868 N. 2, Fischer-Henle § 868 N. 2 a. E., Gierke Fahrn. S. 7, Leonhard S. 71, Motive III. S. 99, Neumann § 868 N. 36, OLG. Karlsruhe E. v. 9. X. 02, Planck § 868 N. 2 a. E., Prot. II. 3683 (B. d. R. 1985), Soergel 1903 § 868 No. 1, v. Staudinger § 868 N. 2. A. M. Wendt S. 45, Bartels S. 659, der im Falle der Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses keinen mittelbaren Besitz entstanden wissen will, wohl aber im Falle der Anfechtbarkeit, es sei denn, dass die Anfechtung erfolgreich durchgeführt ist. 2) Endemann S. 126 f. behauptet zwar, das Rechtsverhältnis könne nur ein rechtsgeschäftliches oder geschäftsähnliches sein. Diese Anschauung findet aber weder im Buchstaben noch im Geiste des BGB. ihre mindeste Unterstützung. Denn die im § 868 aufgezählten Verhältnisse können auch zum Teil auf gesetzlichem Wege begründet werden. Man denke nur daran, dass der Verpächter

Willenserklärung der beiden Parteien, des mittelbaren Besitzers und Besitzmittlers, beruhe. Es kann vielmehr **unmittelbar durch das Gesetz** geschaffen werden oder auch durch **andere** als rechtsgeschäftliche **Handlungen,** z. B. durch richterliche Anordnung [1] oder amtliche Tätigkeit,[2] **mit Ausnahme selbständig deliktischer Handlungen.**[3]

Das dem Rechtsverhältnis zu Grunde liegende bestimmte Rechtsgeschäft, die gesetzliche Befugnis, das Amt, die richterliche Einweisung in den Besitz bilden den titulus acquirendi, demzufolge der Mittler den unmittelbaren Besitz der Sache erlangt. Erfordernis ist demnach das Vorliegen eines **konkreten, kausalen**[4] Rechtsverhältnisses, d. h. eines Rechtsverhältnisses mit einer causa detentionis, die feststellt, dass und weshalb dem unmittelbaren Besitzer ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht zusteht. Ein abstraktes Rechtsverhältnis, z. B. die blosse Vereinbarung zwischen dem Besitzer einer Sache und einem Dritten, dass er

---

in Ausübung seines gesetzlichen Pfandrechts (§§ 581, 585) eingebrachte Sachen des Pächters in Besitz nimmt Anderseits erkennt Endemann selbst dem Mündel und Pflegling mittelbaren Besitz zu, doch wohl auch ein mittelbarer Besitzerwerb ausserhalb der rechtsgeschäftlichen Sphäre.

1) z. B. beim gerichtlich bestellten Verwalter. 2) z. B. beim Konkursverwalter. 3) Keine Besitzmittler sind also der Dieb, Räuber und Hehler; ebenso Planck § 868 N. 2 *a*. Das einmalige Bestehen des mittelbaren Besitzes wird aber durch eine deliktische Handlung des Mittlers, sofern er noch die tatsächliche Gewalt besitzt, nicht berührt. Also bringt Unterschlagung mittelbaren Besitz nicht zum Erlöschen, s. auch u. § 16b. 4) Vgl. Bartels S. 668 Endemann S. 121, 126, Recht 1901 S. 619, Soergel 1900 01, § 868 b; vgl. auch u. § 6.

fortab für den Dritten besitzen wolle, genügt zur Begründung mittelbaren Besitzes nicht.

3. Durch das konkret bestimmte Rechtsverhältnis wird eine feste Bindung zwischen dem Inhaber der Sache und dem mittelbaren Besitzer erzeugt. Diese rechtliche Bindung darf aber nicht derart sein, dass der Inhaber die tatsächliche Gewalt bloss aus fremdem Recht, „für einen anderen" ausübt und[1] geradezu in eine tatsächliche Abhängigkeit gerät, „vermöge deren er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen eines andern Folge zu leisten hat" (§ 855). Ist dies der Fall, so hat er die tatsächliche Gewalt nicht als Besitzmittler, sondern als sogenannter Besitzdiener,[2] der selbst besitzlos ist

1) Sowohl die Ausübung für einen andern wie auch die tatsächliche Abhängigkeit sind die Kriterien der Besitzdienerschaft, letzteres Merkmal ist aber das wesentlichere. Denn z. B. auch der Verwahrer, der ja regelmässig Besitzmittler ist, übt die Sachherrschaft nicht für sich, sondern für den Hinterleger aus. Vgl. Bartels S. 654, Biermann § 854 N. 3, Rspr. d. OLG. B. II S. 150, Strohal S. 7 ff. — Prot. S. 3341 stellen als charakteristisches Kennzeichen des Besitzdienerverhältnisses den Mangel eines Retentionsrechts des Inhabers gegen den Besitzherrn auf. Bekker S. 4. verlangt sofortige Folgeleistungspflicht (dagegen Strohal S. 10 f.), Dernburg S. 49, ebenso Cosack in Bekkers und Fischers Beiträgen Heft 13 S. 20, Fischer in D. J.-Ztg. 1898 S. 366 ein äusserlich erkennbares Abhängigkeitsverhältnis (dagegen Frank S. 27). U. E. braucht der Besitzdiener nach aussen hin als solcher nicht erkennbar aufzutreten. Denn auch z. B. das fein gekleidete „Hausfräulein", das auf dem Markt für die Herrschaft Einkäufe macht und dort selbst als die Herrin angesehen wird, ist Besitzdienerin. Das innere Verhältnis allein entscheidet. 2) Bekker S. 26; Endemann § 13. „Besitzhalter"; Strohal S. 5: „unselbständiger Inhaber". Der Besitzmittler kann sich natürlich seinerseits eines Besitzdieners zur Ausübung der Sachgewalt bedienen.

und daher aus dem Kreise der Besitzvermittlung ausscheidet.

Der unmittelbare Besitzer, der dem mittelbaren Besitzer gegenübertritt, steht nicht in einem Subordinations-, sondern nur in einem **Verpflichtungsverhältnisse;** er ist an und für sich selbstständig, d. h. er hat die faktische Herrschaft aus eigenem, von den Weisungen des andern unabhängigem Recht, und hat nur insoweit den Anordnungen des mittelbaren Besitzes nachzukommen, als sich dies aus dem zwischen ihnen bestehenden Verpflichtungsverhältnis ergibt.[1]

Die Grenzscheidung zwischen Besitzvermittlung und Besitzdienerschaft ist im Einzelfall oft recht schwierig. Ein und dasselbe Verhältnis kann Grundlage sowohl für Besitzdiener- wie Besitzmittlerschaft sein, so insbesondere der Auftrag und der Verwahrungsvertrag.[2] Man darf nicht behaupten, dass jeder Mandatar und Depositar Besitzmittler sei. Er ist bald Besitzmittler, bald Besitzdiener. Besitzmittler sind z. B.

1) Vgl. Bekker S. 43, Biermann § 854 N. 2 a, Förtsch S. 548, v. Staudinger § 868 N. VI a. 2) Nicht auch die Miete, wie Cosack S. 66 annimmt. Jedenfalls ist in dem von Cosack angeführten Beispiel der Mieter eines Billards im Wirtshaus kein Besitzdiener. Denn er hat für die Dauer des Spielens ein selbständiges Recht auf die Benutzung des Billards erworben und übt die ihm auf Grund des Mietvertrags eingeräumte Gewalt über das Billard nur für sich, nicht für den Wirt aus (vgl. Frank S. 36, Kniep S. 124; a. M. Wendt S. 68); analog der Gast, der im Restaurant eine Zeitung liest oder speist, hinsichtlich der Teller, Messer und Gabeln etc.

der Bankier, dem Wertpapiere zum Verkaufe ausgehändigt werden, der Bahnhofsgarderobier, bei dem das Gepäck deponiert ist; Besitzdiener: der Geschäftsangestellte, der im Auftrag seiner Firma Werteffekten zum Bankhause bringt, der Gepäckträger, dem der Reisende seinen Handkoffer zur Aufbewahrung übergibt.

Massgebend für den Unterschied sind in erster Linie die Stellung im Verkehrsleben und die soziale Auffassung.[1] Erkennen diese dem Inhaber der Sache dem Herrn gegenüber eine unmittelbare Gehorsamspflicht, eine nicht bloss rechtliche, sondern auch tatsächliche Unterordnung zu, so liegt Besitzdienerschaft vor, gewähren sie ihm eine freiere, selbständigere, unabhängigere Stellung, so spricht man von Besitzvermittlung.

4. Dieser Unterschied zeigt sich praktisch vornehmlich darin, dass, während der Besitzherr jederzeit nach Belieben in die Gewaltsphäre des Besitzdieners eingreifen darf, ohne sich verbotener Eigenmacht schuldig zu machen, sich eine solche selbsttätige Handlung des mittelbaren Besitzers gegenüber dem Besitzmittler als verbotene Eigenmacht kennzeichnen würde, ihm steht gegen den unmittelbaren Besitzer nur ein im Wege der Klage zu verfolgender **Anspruch auf Herausgabe** der unmittelbar besessenen Sache zu.

Das Vorliegen eines Herausgabeanspruchs, dem auf seiten des unmittelbaren Besitzers eine Verpflichtung

1) Ebenso Endemann S. 131, Leonhard S. 64, Planck § 855 N. 2, v. Staudinger § 855 N. 3a.

zur Herausgabe entspricht, bildet eine Voraussetzung für die Existenz des mittelbaren Besitzes.[1] Das ergibt sich einerseits aus dem BGB. selbst, das im § 870 ausdrücklich ausspricht, dass der mittelbare Besitz durch Abtretung des „Anspruchs auf Herausgabe der Sache" übertragen werden kann, anderseits aus der notwendig zeitlichen Begrenzung der Berechtigung oder Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers zum Besitze.

Er ist entweder auf Rückgabe einer Sache, die der mittelbare Besitzer schon vorher inne hatte, oder auf Erlangung einer vorher noch nicht besessenen, erst vom Besitzmittler erworbenen Sache gerichtet. Insofern kann man sagen, dass der mittelbare Besitz die Tendenz hat, zum unmittelbaren Besitz zu werden.[2]

Begründet wird der Herausgabeanspruch durch das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, nach dem sich auch seine Fälligkeit richtet. Regelmässig ist er bedingt oder befristet, nur ausnahms-

1) Ebenso Biermann § 868 N. 2, Endemann S. 131, Kniep S. 7 ff., 165 f., Matthiass S. 8, Regelsberger S. 423, Strohal S. 19, 59, 92. 2) Biermann § 868 N. 1, Strohal S. 46, 92. Dies darf aber nicht in dem Sinne aufgefasst werden, dass sich der mittelbare Besitz über kurz oder lang in unmittelbaren Besitz verwandeln müsse, dass also nur dann mittelbarer Besitz gegeben sei, wenn der mittelbare Besitzer später die Sachgewalt erlange. Der Verpfänder hat beispielsweise, wenn er das Pfand nicht rechtzeitig einlöst, den Anspruch auf den unmittelbaren Besitz verloren, war aber gleichwohl während des Schwebezustands mittelbarer Besitzer. Auch der Auftraggeber erhält die dem Beauftragten zur Ausführung des Auftrags übergebenen Sachen nicht zurück. Es genügt, dass eine Aussicht besteht, den unmittelbaren Besitz zurück oder neu zu gewinnen; vgl. auch die Ausführungen oben S. 19 f.

weise stets fällig, wie z. B. derjenige des Deponenten gegen den Depositar (§ 696 BGB.).

Auch die Natur des Herausgabeanspruchs wird durch das Rechtsverhältnis bestimmt, so dass unter dem dem mittelbaren Besitzer zustehenden Herausgabeanspruch der obligatorische aus dem den mittelbaren Besitz vermittelnden Verhältnisse zu verstehen ist.[1] Da jedoch der mittelbare Besitzer meistens zugleich Eigentümer ist, so ist neben dem obligatorischen Herausgabeanspruch noch ein dinglicher[2] gegeben. Aber weder die rei vindicatio noch etwa die restitutorische Besitzklage allein vermögen den obligatorischen Anspruch zu ersetzen. Sonst müsste ja neben jedem Rechtsanspruch gegen einen unmittelbaren Besitzer noch der mittelbare Besitz des Berechtigten stehen, und das ist nicht der Fall.[3]

Ebensowenig darf der Satz, dass neben jedem mittelbaren Besitz ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe vorhanden sein muss, umgekehrt und dahin gedeutet werden, ein jeder, der gegen einen anderen einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe habe, sei mittelbarer Besitzer. Aus dem blossen Dasein eines obligatorischen Herausgabeanspruchs entsteht ein mittelbarer Besitz noch keineswegs. Mittelbarer Besitz und der obligatorische Anspruch auf Herausgabe sind keine identischen Begriffe.[4] Das geht schon daraus

1) Ebenso Biermann § 870 N. 1, Strohal S. 92 ff. 2) Vgl. §§ 931, 934 BGB. 3) gl. A. Strohal S. 20, Wendt S. 45. 4) So irrtümlich Kniep S. 12 f., 82 f., Wendt Arch. S. 47 ff., 69, Gutacht. S. 6; a. M. Planck § 868 N. 5, Strohal S. 59.

hervor, dass, obwohl infolge der Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses der Herausgabeanspruch nur vermeintlich vorliegt, dennoch mittelbarer Besitz begründet wird, und dass trotz des Verlustes des mittelbaren Besitzes der Herausgabeanspruch weiter bestehen kann.[1] Wenn z. B. der Mieter den Mietgegenstand einem Dritten kaufweise überträgt, so ist der mittelbare Besitz des Vermieters erloschen,[2] während der obligatorische Herausgabeanspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Grund des Mietvertrags fortdauert.

5. Nach den eigenen Worten des Gesetzes soll der mittelbare Besitz nicht über die Fälle hinaus ausgedehnt werden, in denen der Besitzmittler das **Recht oder die Pflicht zum Besitze vom mittelbaren Besitzer ableitet.**[3]

So heisst es im § 941: „Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze vom Eigenbesitzer ableitet."

---

1) Planck § 868 N. 2, 5. 2) Vgl. u. § 12 I 3. 3) Ebenso Biermann § 868 N. 2, Planck § 868 N. 2 ß, Recht 1901 S. 619, RGE. B. 49 S. 173, Soergel 1900 01 § 868 b, Strohal S. 23, 26, Thiesing S. 246 f. – Wenn der Wortlaut des Gesetzes in den nachfolgend angeführten Paragraphen nur das Recht, nicht auch die Pflicht zum Besitze ableiten umfasst, so ist doch zweifellos die Gleichstellung des Rechts und der Pflicht als dem Sinne des Gesetzes entsprechend anzunehmen. Denn abgesehen davon, dass im § 868 ausdrücklich auch die Pflicht zum Besitze genannt ist, mag nur an den Verwahrer erinnert werden, der ja nur zum Besitze verpflichtet, höchstens subsidiär auch zum Besitze berechtigt ist.

§ 986 sagt: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist."

Und § 991 spricht sich dahin aus: „Leitet der Besitzer das Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ab, so . . . . ."

Was unter der Ableitung des Rechts oder der Pflicht zum Besitze vom mittelbaren Besitzer zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber mit Stillschweigen übergangen. Der Sinn ist keineswegs klar und unzweideutig. Jedenfalls wird nicht vorausgesetzt, dass schon vor der Entstehung des mittelbaren Besitzes ein Verhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache bestand, das ihm selbst eine Berechtigung zum Besitze verlieh oder eine entsprechende Verpflichtung auflastete, die nunmehr auf den unmittelbaren Besitzer übergegangen ist. Denn auch z. B. der Dieb, der die gestohlene Sache verpfändet, ist, obwohl er kein Recht zum Besitze hat, dennoch mittelbarer Besitzer.

Jene Ableitung bedeutet vielmehr u. E., dass die Berechtigung oder Verpflichtung des Besitzmittlers zum Besitze sich objektiv gerade auf das zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer bestehende Verhältnis stützen muss. Also wohlgemerkt, die Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze, nicht auch der Besitz selbst! Deshalb vermittelt auch der Finder[1] mittelbaren Besitz, dessen

1) s. u. § 11.

Besitz auf der Tatsache des Fundes, dessen Pflicht zum Besitze aber auf dem Verwahrungsverhältnis beruht. Sodann gerade auf das zwischen dem Mittler und mittelbaren Besitzer vorhandene Verhältnis muss das Recht oder die Pflicht zum Besitze gegründet sein! Deshalb ist z. B. kein Besitzmittler der Einkaufskommissionär,[1] der zwar zum Kommittenten in einem obligatorischen Verhältnisse steht, aber nicht auf Grund jenes Verhältnisses, sondern vermöge seines Eigentumsrechts zum Besitze berechtigt ist. Und schliesslich kommt nur die rein objektive Sachlage in Betracht; ob der Besitzmittler auf Grund des Verhältnisses den Besitz auch ausüben will, ist vollständig gleichgültig.[2]

Im Falle der Rechtsungültigkeit des Rechtsverhältnisses leitet der Besitzmittler in gleichem Sinne sein Recht oder seine Pflicht zum Besitze vom mittelbaren Besitzer ab, wie sonst davon gesprochen wird, dass jemand sein Recht von einem Nichtberechtigten ableitet.[3] —

Wenn wir die in den vorstehenden Ausführungen enthaltenen Essentialien des Besitzmittlungsverhältnisses nochmals in Kürze aufzählen, so ergeben sich als solche folgende:

Das Dasein eines zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehenden rechtlichen, nicht notwendig rechtsgültigen, konkreten Verpflichtungsverhältnisses, das sowohl auf Rechtsgeschäft wie auf Gesetz oder anderen Tatbeständen beruhen und nicht nur obligatorischen oder dinglichen, sondern auch anderen Charakter haben kann;

1) s. u. § 10 sub. I 1. 2) s. u. S. 39 ff. 3) Planck § 868 N. 2β.

ferner ein der Zweckbestimmung des Verpflichtungsverhältnisses entsprechendes zeitliches Nutzungsrecht oder eine korrespondierende Verwaltungspflicht des sein Recht oder seine Pflicht zum Besitze vom mittelbaren Besitzer ableitenden unmittelbaren Besitzers zur selbstständigen Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft;

und endlich das Vorliegen eines regelmässig bedingten oder befristeten obligatorischen Anspruchs des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler auf Herausgabe der unmittelbar besessenen Sache.

In der Charakterisierung des Besitzmittlungsverhältnisses erschöpft sich der Begriff des mittelbaren Besitzes. Er ist, wie unschwer erkannt werden kann, ein äusserst dehnbarer Rechtsbegriff, der sich nicht leicht in eine feste Form giessen lässt. Fasst man die einzelnen Fälle des mittelbaren Besitzes näher ins Auge, so macht man die Erfahrung, dass sie ausser den schon aufgeführten Momenten noch manche gemeinsame Eigenschaften aufweisen, die wegen ihres mehr oder minder stetigen Auftretens Kriterien des mittelbaren Besitzes zu sein scheinen und als solche auch in der Literatur vielfach angesehen worden sind. Wir erachten es daher als zur Klarstellung des Wesens und Begriffes des mittelbaren Besitzes dienlich, die in dieser Hinsicht besonders vertretenen Ansichten näher zu beleuchten und ihre Unzulässigkeit nachzuweisen.

a) Zunächst wollen einige[1] das Recht oder die

1) Planck § 868 N. 2, Thiesing S. 246, v. Staudinger § 868 N. 2, Strohal S. 22 ff. bei Erörterung der Frage, ob der

Pflicht zum Besitze ableiten dahin ausdehnen, dass der unmittelbare Besitzer auch seinen Besitz vom mittelbaren Besitzer ableiten müsse.

Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht liegt auf der Hand. Denn beispielsweise leitet bei jedem mittelbaren Besitzerwerb durch constitutum possessorium der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht vom mittelbaren Besitzer ab, sondern von sich selbst, da er ja schon vor der Abrede des Besitzconstituts Besitzer war.

b) Strohal[1] insbesondere vertritt die Anschauung, dass nur da von mittelbarem Besitz gesprochen werden dürfe, wo der mittelbare dem unmittelbaren Besitzer die Sache anvertraut habe.

Die Konsequenz daraus wäre — und Endemann hat sie in Anlehnung an Strohal auch gezogen — dass mittelbarer Besitz nur durch Nachfolge des unmittelbaren Besitzers in den Besitz, niemals aber originär durch eine Handlung des Besitzmittlers zur Entstehung gelangen könnte.[2] Wie schon Leonhard[3] mit Recht hervor-

Finder Besitzvermittler sei, obgleich er S. 26 sagt: „Der unmittelbare Besitzer leitet nicht den Besitz, sondern nur das ‚Recht zum Besitze' von einem andern ab."

1) S. 20, 23, 59, 91; ebenso Cosack S. 67, Franke S. 29, Matthiass S. 8, Thiesing S. 246, Wendt Arch. S. 46; a. M. Biermann § 868 N. 2, Kniep S. 153: „Nichts nötigt uns, die Anvertrauung als ein wesentliches Erfordernis des mittelbaren Besitzes aufzustellen", ferner Leonhard S. 72. 2) S. 126 f. Er setzt sich selbst in Widerspruch, indem er S. 162 f. ausführt, dass der mittelbare Besitz sofort für den Geschäftsherrn erworben werde, sobald der Beauftragte die Sachgewalt erlangt habe, und indem er S. 123 den mittelbaren Besitzerwerb des Mündels durch Vormund und Pfleger, jedenfalls auch ein Erwerb mittelbaren Besitzes originär durch eine Handlung des Mittlers, anerkennt. 3) S. 61.

hebt, würde das aber die Bedeutung des mittelbaren Besitzes stark abschwächen. Auch stände eine derartige Auffassung nicht im Einklang mit den Bestimmungen des BGB. Wenn der Verpächter an denjenigen Gegenständen, die der Pächter dem Inventar neu einverleibt, nach § 588 Abs. 2 Eigentümer wird, so muss er doch wohl auch füglich mittelbarer Besitzer derselben sein.

c) Vereinzelt steht Leonhard[1] mit der Auffassung da, ein Erfordernis für die Existenz mittelbaren Besitzes sei darin zu erblicken, dass der unmittelbare Besitzer auf Kosten des Vermögens des mittelbaren Besitzers erwerben müsse. „Immer erwirbt der Mittler den Besitz auf Kosten des fremden Vermögens und immer bringt der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer. Dies Opfer ist in den meisten Fällen — Nießbrauch, Pfandrecht — die Überlassung eben dieses Besitzes. Es kann aber auch in einer anderen Vermögensminderung bestehen, z. B. darin, dass er eine Forderung verliert oder eine Schuld erlangt."

Diese Verquickung des wirtschaftlichen Gesichtspunkts mit dem mittelbaren Besitze erscheint nicht allein als nicht glücklich, sondern auch nicht einmal in der von Leonhard angeführten Weise als immer zutreffend. Man kann es doch wohl schwerlich als eine Vermögenseinbusse bezeichnen, wenn der Depositar die ihm zur Aufbewahrung übergebene Sache mit Einwilligung des Deponenten bei einem Dritten hinterlegt und dadurch nach § 871 selbst mittelbarer Besitzer wird. Oder wenn der Pächter in dem oben angeführten

1) S. 61; dessen Ansicht ist von v. Staudinger in seiner zweiten Auflage § 868 N. 2 angenommen.

und von Leonhard selbst herangezogenen Beispiel neue Inventarstücke anschafft, stellt da der mittelbare Besitzerwerb des Verpächters nicht gerade im Gegenteil einen Vermögenszuwachs anstatt einer Vermögensminderung da?

Ein Herleiten des Besitzes vom mittelbaren Besitzer, ein Anvertrauen des Besitzes und der Eintritt einer Vermögensminderung scheinen uns für den Begriff des mittelbaren Besitzes keine ausschliesslichen Wesensmerkmale zu sein. Wir möchten vielmehr auf Grund der Voraussetzungen, die wir als notwendig aufgestellt haben, den mittelbaren Besitz dahin definieren:

**Mittelbarer Besitz ist eine tatsächliche Beziehung einer Person (des mittelbaren Besitzers) zu einer Sache, die auf Grund eines, seiner juristischen Natur nach ein zeitliches Nutzungsrecht oder eine zeitliche Verwaltungspflicht erzeugenden konkreten rechtlichen, nicht unbedingt rechtsgültigen Verpflichtungsverhältnisses ein anderer, der sein Recht od seine Pflicht zum Besitze vom mittelbaren Besitzer ableitet (der unmittelbare Besitzer, Besitzmittler), unter obligatorischer Verpflichtung zur Herausgabe in tatsächlicher Gewalt selbständig innehat.**

## II. Das Subjekt des mittelbaren Besitzes. Insbesondere die Willensfrage in der Person des mittelbaren Besitzers und des Besitzmittlers.

### § 3.

Die Anschauung des römischen Rechts, dass der Erwerb und Verlust des Besitzes in gleicher Weise

durch das Vorliegen des corpus und des animus bedingt sei, hat Jahrhunderte lang das Rechtsleben beherrscht und sogar im ersten Entwurf des BGB. Aufnahme gefunden. Die zweite Redaktionskommission hat jedoch hiermit gebrochen und den unmittelbaren Besitz als einen „sozialen Gewaltbegriff“ [1] aufgefasst, d. h. der Besitz ist ein Machtverhältnis, das dem Gemeinbewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint. Heute genügt also zum Gewinn und Verlust des unmittelbaren Besitzes schon allein die Erlangung oder Aufgabe des corpus. Das Vorhandensein eines Willens bildet kein notwendig selbständiges Erfordernis mehr für den Erwerb und Verlust des unmittelbaren Besitses.[2]

Deshalb erscheint auch jeder Rechtsfähige, also sowohl die natürliche wie die juristische Person, befähigt, Trägerin unmittelbaren Besitzes zu sein. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der unmittelbare Besitz — was zwar sehr bestritten wird - kein Recht, sondern ein tatsächliches Verhältnis sei. Denn immerhin hat dies tatsächliche Verhältnis recht-

1) Goldschmidt in der Berl. Festgabe für Gneist 1888 S. 64. 2) Indessen ist der Wille nicht unerheblich, er kann unter Umständen Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt sein, vgl. Biermann § 854 N. 3, Gärtner S. 130 ff., Leonhard S. 69, Männer S. 95, Planck § 854 N 2, Strohal S. 67. Einige, z. B. Dernburg S. 62, Endemann S. 153, stellen das Dasein des rechtsgeschäftlichen Willens, andere, z. B. v. Staudinger § 854 N 1 2, das Bestehen wenigstens eines natürlichen Willens als selbständiges Erfordernis des unmittelbaren Besitzes auf. Erstere behaupten demgemäss, dass weder der Geschäfts- noch der Willensunfähige, letztere, dass nur der Willensunfähige nicht Besitzträger sein könne.

liche Folgen und in einem solchen Verhältnis kann nur der Rechtsfähige stehen.

Diesen Satz können wir in gewissem Sinne auch auf den mittelbaren Besitz ausdehnen. Ist doch auch der mittelbare Besitz eine tatsächliche Beziehung mit rechtlichen Wirkungen. Ob allerdings das Besitzverhältnis des Vorstands zur juristischen Person ein derartiges ist, dass der letzteren mittelbarer Besitz vermittelt wird, ist eine besondere Frage, die ihre Erledigung an anderer Stelle findet.[1] Jedenfalls sind vom mittelbaren Besitzerwerb ausgenommen die nicht rechtsfähigen Vereine und Gesellschaften[2] als solche — mittelbaren Besitz erwerben nur die jeweiligen Mitglieder — und der nasciturus.

Denn erst mit der lebenden Geburt wird er rechtsfähig. Doch schon vorher hat er eine Anwartschaft auf den mittelbaren Besitz seines Erblassers, die sich zum Rechte im Augenblick der Geburt verwirklicht. § 1923 Abs. 2 BGB. bestimmt nämlich: „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren". In dem Augenblick nun, wo aus dem nasciturus ein lebender natus geworden ist, wird fingiert, als sei er schon zur Zeit des Erbfalls geboren und habe schon damals den mittelbaren Besitz des Erblassers durch Erbgang gewonnen.[3]

Was das Kind, ferner den Geschäfts-

1) s. u. § 10 I 2. 2) Vgl. Endemann S. 123 A. 11, Kniep S. 51, Strohal S. 29 f. 3) Bis zur Geburt tritt ein besitzloser Zustand ein, es sei denn, dass nach § 1912 ein Pfleger bestellt ist. Auf diesen geht dann von der Bestellung bis zur Geburt der mittelbare Besitz des Erblassers über; vgl. Kniep S. 182 f., Strohal S. 100, Wolff S. 42.

unfähigen, der rechtlich keinen Willen hat, und den Willensunfähigen anlangt, so können sie nur in beschränkter Weise mittelbaren Besitz erwerben. Auf nicht rechtsgeschäftlichem Wege vermögen sie zwar immer mittelbaren Besitz zu erlangen. Der wegen Verschwendung Entmündigte ist z. B. mittelbarer Besitzer der Vermögensstücke, die sein Vormund in Besitz genommen hat.

Der rechtsgeschäftliche Erwerb des mittelbaren Besitzes setzt aber an sich Willensfähigkeit und einen auf den Erwerb gerichteten Willen des mittelbaren Besitzers voraus. Soweit nun der Erwerb mittelbaren Besitzes lediglich auf dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts beruht, ohne dass körperliche Übertragung hinzuzukommen braucht, — wie es bei der Begründung mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs und durch constitutum possessorium der Fall ist—, bildet das Vorliegen des animus in der Person des mittelbaren Besitzers ein unbedingtes Erfordernis. Insoweit sind die eines rechtlichen Willens Ermangelnden vom selbständigen Erwerbe mittelbaren Besitzes ausgeschlossen.

Wenn jedoch mit dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft zugleich ein physischer Besitzbegründungsvorgang verbunden ist, — wie regelmässig bei dem Erwerbe mittelbaren Besitzes durch Besitzüberlassung —, so wird, obwohl wegen des Willensmangels das Rechtsgeschäft ungültig ist, dennoch, da ja auch ein Putativverhältnis genügt, der mittelbare Besitz schon durch die Tatsache der Besitzübergabe

geschaffen sein. Händigt z. B. ein sechsjähriger Knabe seinem Lehrer ein Buch aus, so ist der Leihvertrag zwar nichtig (§ 105 BGB.), der Knabe ist aber gleichwohl mittelbarer Besitzer des Buchs.

Ebenso wie beim Gewinn des mittelbaren Besitzes fällt auch beim Verluste desselben der animus des mittelbaren Besitzers ins Gewicht. Denn in allen Fällen, wo der Grund des Verlustes in einer Handlung des mittelbaren Besitzers gegeben ist — sei es nun, dass der mittelbare Besitzer durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, durch einseitigen Verzicht auf den mittelbaren Besitz oder durch vertragliche Vereinbarung auf Grund einer brevi manu traditio seinen Besitz aufgibt — in allen diesen Fällen wird der mittelbare Besitz durch einen auf den Verlust hinzielenden Willen beendigt.

Der Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes sind von der Willens- und Geschäftsfähigkeit des Mittlers insofern abhängig, als sie allein durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Mittler und dem mittelbaren Besitzer hervorgerufen werden, wie z. B. beim constitutum possessorium einer-, bei der brevi manu traditio anderseits. In allen andern Fällen ist die Willens- und Geschäftsfähigkeit des unmittelbaren Besitzers unerheblich. So ist z. B. der Hotelier mittelbarer Besitzer auch derjenigen Zimmer, die ein Geisteskranker bezogen hat, oder büsst der Eigentümer seinen mittelbaren Besitz ein, wenn das Kind die ihm zur Aufbewahrung anvertrauten Sachen fortwirft.

Die Besitzvermittlung selbst charakterisiert sich niemals als eine Willenshandlung, sondern als ein

rein objektiver Tatbestand. Die Existenz des mittelbaren Besitzes ist nämlich unbeeinflusst davon, ob der Besitzmittler den Willen hat, bloss für sich (nomine proprio, cum animo domini) oder auch für den mittelbaren Besitzer (nomine alieno, cum animo rem alteri habendi) den Besitz der Sache auszuüben, ob er m. a. W. den Oberbesitz, die Besitzherrschaft des mittelbaren Besitzers anerkennt. Damit bekennt sich der Verfasser als Anhänger der Objektivitätstheorie, nach welcher der Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes allein nach dem zu Grunde liegenden Besitzmittlungsverhältnisse zu beurteilen ist und der innere Wille des Mittlers, wenn auch geäussert, in keiner Weise in die Wagschale fällt.[1] Empfängt jemand eine Sache als Pächter oder Pfandgläubiger, so ist er Besitzmittler, selbst wenn er für den Verpächter oder Verpfänder nicht besitzen will.

Für die gegenteilige Auffassung, die Subjektivitätstheorie, bietet das Gesetz nicht den mindesten Anhaltspunkt. Es spricht im § 868 nicht wie im § 855 aus, dass die tatsächliche Gewalt „für einen andern", sondern „gegenüber einem andern" ausgeübt werden müsse. Aber auch bei der Besitzdienerschaft wird die Ausübung „für einen andern" selbst von Vertretern der subjektiven Theorie[2] nur im objektiven

1) Ebenso Leonhard S. 70 ff., v. Staudinger § 868 N. 11; vgl. auch Fleck, der Bote im Arch. f. bürg. Recht B. 15 1899.
2) z. B. Biermann § 855 N. 2c, 4, Endemann S. 135 A. 14, Planck § 855 N. 2; vgl. auch Prot. II S. 3351, Bd. 3 S. 36.

Sinne ausgelegt. Was zwingt uns dann, bei der Besitzvermittlung künstlich das Willensmoment hineinzutragen? Andernfalls müsste ja auch der mittelbare Besitz gegen oder ohne den Willen des mittelbaren Besitzers schon durch eine einseitige Handlung des Mittlers ausserhalb der Rechtslinie seine Beendigung finden. Wie aber noch auseinander gesetzt werden wird,[1] tritt hierdurch der Verlust des mittelbaren Besitzes nicht ein.

## III. Das Objekt des mittelbaren Besitzes.

### § 4.

Der mittelbare Besitz erstreckt sich auf den Gegenstand, der sich in der tatsächlichen Gewalt des unmittelbaren Besitzers befindet. Letzterer verfügt aber, wie §868 BGB. ausdrücklich hervorhebt — „Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher" u. s. w. — über eine Sache. Daher ist auch der Gegenstand des mittelbaren Besitzes eine Sache, eine bewegliche wie unbewegliche.

Aber nur körperliche[2] Sachen kommen in Betracht und zwar auch diese nur insoweit, als sie der menschlichen Herrschaft unterworfen sind.[3] Gleichgültig ist, ob die Sache eine vertretbare ist oder nicht. Nur im Falle des depositum irregulare (§ 700 BGB.), wenn Fungibilien in der Weise hinterlegt werden, dass der Depositar Sachen von gleicher Art, Güte oder

1) s. u. § 16b. 2) Daher z. B. mittelbarer Besitz an elektrischer Kraft nicht möglich. 3) Deshalb kein mittelbarer Besitz am freifliessenden Wasser, am offenen Meer, an wehender Luft, an Menschen, wohl aber an abgetrennten Körperteilen, z. B. Haaren, Zähnen, auch am Leichnam; ebenso an res sanctae, sacrae und publicae.

Menge zurückzugewähren braucht, gelangt mittelbarer Besitz nicht zur Entstehung. Denn der Verwahrer wird Eigentümer und damit in perpetuum zum Besitze berechtigt.[1]

In der Regel besteht der mittelbare Besitz an einer ganzen Sache, doch ist auch mittelbarer Besitz bloss an einem Teil einer Sache möglich. Dann spricht man von „mittelbarem Teilbesitz." Bewohnt z. B. der Vermieter selbst das Erdgeschoss seines vermieteten Hauses, so hat er an diesem unmittelbaren Besitz, während er mittelbarer Besitzer der übrigen Stockwerke ist.

Ebenso kann ein und dieselbe Sache von mehreren mittelbar besessen werden. Hier sind zwei Fälle auseinanderzuhalten. Entweder liegt ein „mehrfacher mittelbarer Besitz" vor, wenn mehrere mittelbare Besitzer einander subordiniert, in einer Kettenreihe (§ 871 BGB.), besitzen, die gleiche Sache sich z. B. im mittelbaren Besitz des Verpächters und Afterverpächters befindet. Oder es ist ein „mittelbarer Mitbesitz" vorhanden, wenn mehrere die nämliche Sache coordiniert mittelbar innehaben. In diesem Falle kann der mittelbare Mitbesitz sowohl ein solcher nach Bruchteilen sein, wenn z. B. Mitbesitzer das gemeinschaftliche Grundstück nach Bruchteilen zu Niessbrauch übertragen, wie auch ein mittelbarer Mitbesitz zur gesamten Hand, wenn beispielsweise der mittelbare Besitzgegenstand des Erblassers durch Erbfolge auf mehrere Erben übergeht.[2]

1) Ebenso Kniep S. 139, 165. 2) Vgl. Bartels S. 652, Planck § 868 N. 4, Strohal S. 113, Windscheid-Kipp S. 700, M. Wolff S. 148.

Dagegen ist an Rechten wie an Sachgesamtheiten, d. h. an einer Mehrheit an sich selbständiger Sachen, die mit Rücksicht auf bestimmte Zwecke als eine Einheit gedacht sind, mittelbarer Besitz nicht möglich. So hat der Verleiher einer Bibliothek nicht etwa mittelbaren Besitz an dem ganzen Bücherlager, sondern nur an den einzelnen Büchern.

# B. Besonderer Teil.

## I. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes.

### 1. Der konsensuale Besitzerwerb.

Der Gewinn des mittelbaren Besitzes kann sich sowohl rechtsgeschäftlich wie nicht rechtsgeschäftlich vollziehen, m. a. W. es ist entweder das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts zwischen zwei den mittelbaren Besitz begründenden Personen erforderlich oder es genügt eine rechtsbegründende juristische Tatsache.

Wenn mittelbarer Besitz durch Rechtsgeschäft gewonnen werden soll, so muss immer eine vertragsmässige Einigung zwischen zwei Personen vorliegen, die folgenden Inhalt haben kann:

I. ein unmittelbarer Besitzer überlässt einem Dritten den unmittelbaren Besitz und macht sich dadurch zum mittelbaren Besitzer;

II. ein unmittelbarer Besitzer vereinbart mit einem Dritten, dass er in Zukunft im Namen dieses Dritten den Besitz ausüben will, und ordnet dadurch seinem unmittelbaren Besitz den mittelbaren Besitz des Dritten über;

III. ein mittelbarer Besitzer tritt einem Dritten den Anspruch auf Herausgabe einer Sache ab und bringt dadurch in der Person des dritten mittelbaren Besitz zur Entstehung.

§ 5.

Die vertragsmässige Einigung kann also zunächst ihren Ausdruck darin finden, dass ein unmittelbarer Besitzer einer Sache einem andern den **unmittelbaren Besitz** der Sache **überlässt.** Durch diese Besitzüberlassung wird der frühere unmittelbare Besitzer zum mittelbaren, ein früherer Nichtbesitzer zum unmittelbaren.

Diese Besitzveränderungen treten nun ein, wenn zwei Erfordernisse erfüllt sind. Das erste Erfordernis ist die Tradition der Sache durch den unmittelbaren Besitzer an den Erwerber. Das zweite liegt darin, dass die Tradition auf Grund der Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses erfolgen muss.[1]

Somit beruht der mittelbare Besitzerwerb durch Besitzüberlassung auf einem doppelten Vertragsschluss. Die Tradition wie die Vereinbarung des Verhältnisses sind für die Entstehung des mittelbaren Besitzes gleich wesentlich: weder die Tradition ohne Vereinbarung des Verhältnisses noch die Vereinbarung des Verhältnisses ohne Tradition verschafft dem unmittelbaren Besitzer mittelbaren Besitz. Denn durch die Tradition entäussert sich der Inhaber der Sache und würde jeden Besitzes verlustig gehen, wenn er nicht durch die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses die tatsäch-

1) Die zeitliche Folge kann auch so sein, dass die Vereinbarung des Verhältnisses der Tradition nachfolgt.

lichen Beziehungen zur Sache aufrecht erhielte; das Verhältnis allein begründet den mittelbaren Besitz noch nicht, da erst mit der Aushändigung der Sache an den Empfänger die notwendige Voraussetzung des Doppelbesitzes hergestellt wird.

Die traditio setzt unmittelbaren Besitz des Tradenten voraus.[1] Sie ist nicht bloss im Sinne körperlicher Übertragung zu verstehen, sondern bedeutet Einräumung der tatsächlichen Gewalt. Regelmässig wird sie allerdings bei beweglichen Sachen rein corpore, durch Hingabe und Apprehension, vor sich gehen. Aber eine körperliche Übergabe ist in zahlreichen Fällen, insbesondere bei Immobilien, nicht möglich. Man denke nur an das Vermieten eines Hauses. Ein Haus körperlich zu übertragen, ist unausführbar. Hier wird die Übergabe der Sache selbst oft durch eine symbolische[2] Handlung, z.B. Übergabe der Schlüssel ersetzt. Doch erübrigt sich auch eine solche Symbolik, es genügt schon eine vertragliche Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers über den Übergang des Besitzes, vorausgesetzt, dass der Erwerber die Gewalt über die Sache auszuüben vermag (§ 854 Abs. 2 BGB.). In diesem Falle sind die beiden Verträge, Tradition und Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses, die sonst zeitlich getrennt liegen, in einem Vertragsschluss verbunden. So wird ein Grundstückseigentümer, der sein Grundstück ver-

1) Demnach kann ein Besitzdiener an den zum Besitzdienerverhältnis gehörigen Sachen für sich keinen mittelbaren Besitz begründen. Überbringt er z. B. einem Schneider die ihm von seinem Herrn gelieferte Livree zur Ausbesserung, so erwirbt nicht er, sondern sein Herr mittelbaren Besitz. 2) Vgl. Cosack S. 74, Dernburg S. 58; a. A. Endemann S. 141.

pachtet, schon mit der Tätigung des Pachtvertrages mittelbarer Besitzer, wenn der Pächter in der Lage ist, an dem Grundstück sofort Besitz ergreifen zu können, der Verpächter oder ein Dritter also nicht mehr die tatsächliche Gewalt an dem Grundstück ausüben.

Da der Besitzübergabe ein Besitzmittlungsverhältnis zu Grunde liegen muss, so gelangt natürlich mittelbarer Besitz nicht zur Entstehung, wenn die Tradition in der Absicht der Eigentumsübertragung geschieht, z. B. der Verkäufer dem Käufer den Kaufgegenstand übergibt. Denn dann ist die Berechtigung oder Verpflichtung des Empfängers zum Besitze nicht zeitlich begrenzt, sondern von ewiger Dauer.

Letztere Folge tritt zwar nicht ein, wenn der Verkäufer eine bewegliche[1] Sache nach § 455 BGB. unter der Klausel des **Eigentumsvorbehalts** an den Käufer überträgt. Bei einem solchen pactum reservatum dominii bleibt nämlich der Verkäufer vorläufig bis zum Eintritt der Bedingung Eigentümer (§ 158 Abs. 1 BGB.). Der Erwerber ist daher dem Veräusserer gegenüber bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises nur auf Zeit zum Besitze berechtigt. Aber trotzdem wird u. E. dadurch kein mittelbarer Besitz des Veräusserers begründet.

Das Reichsgericht[2] vertritt zwar den entgegengesetzten Standpunkt und führt aus, dass bei der Veräusserung unter Eigentumsvorbehalt, auch wenn dem Käufer nicht die Verpflichtung eines Verwahrers oder

1) Bei Grundstücken ist ein Eigentumsvorbehalt nicht möglich, da die Auflassung nur unbedingt erfolgen darf (§ 925 BGB.). 2) R. 54 S. 396 ff., ebenso Kniep S. 159 f., 256, v. Staudinger § 868 N. III 2.

Verwalters besonders auferlegt sei, der Verkäufer mittelbaren Besitz an der Kaufsache erlange, da ein ähnliches Verhältnis der im § 868 erforderten Art geschaffen sei.

Dass dies aber nicht der Fall ist, hat schon Thiesing[1] in seinem Aufsatz über die vorliegende Frage nachzuweisen versucht. Seine Argumentation ist folgende:

Die Beispiele des § 868 seien sämtlich ihrem juristischen Wesen nach darauf angelegt, die Sache nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen dem mittelbaren Besitzer zu entziehen und sie nach Beendigung des Verhältnisses bestimmungsgemäss zu ihm zurückkehren zu lassen. Anders liege der Fall jedoch bei der Veräusserung unter Eigentumsvorbehalt. Hier beruhe das obligatorische Band, das Käufer und Verkäufer verknüpfe, und auf Grund dessen der Käufer zum Zeitbesitze berechtigt sei, auf einem suspensiv bedingten Kaufvertrage, dessen juristische Natur darin bestehe, die Sache in das Eigentum des Erwerbers zu überführen und sie damit definitiv der Machtsphäre des Veräusserers zu entziehen. Da somit die Sache nach der dem Veräusserungsgeschäfte immanenten Tendenz nicht wieder in das Vermögen des Verkäufers zurückkehre, so könne ihm auch kein mittelbarer Besitz zuerkannt werden.

Thiesing hat u. E. insofern recht, als in der Regel bei normalem Verlaufe der Dinge, wie er ja selbst hervorhebt, der Unterschied zwischen Rückkehr der Sache zum früheren Besitzer einerseits und ihrem

1) Ebenso Biermann § 868 N. 2, Planck § 868 N. 2 β.

Verbleiben beim jetzigen Besitzer andererseits eintritt. Wie steht es aber bei anormalem Verlaufe? Wenn der Käufer den Kaufpreis nicht zahlt, erlangt da nicht der Verkäufer, eventuell im Wege gerichtlicher Geltendmachung, den unmittelbaren Besitz zurück? Ist ferner etwa der im § 868 bezogene Pfandgläubiger, wenn der Verfänder die Schuld nicht tilgt, zur Rückgewähr verpflichtet? Doch ebensowenig wie der Käufer, der den Kaufpreis ganz entrichtet hat. Er ist aber trotzdem Besitzmittler des Pfandschuldners in gleicher Weise gewesen, als wenn er nach seiner Befriedigung den Pfandgegenstand dem Verpfänder ausgehändigt hätte. Es kann daher für das Besitzmittlungsverhältnis ganz gleichgültig sein, ob es seinem innersten Wesen nach auf eine spätere Rückkehr der Sache zum früheren Gewaltinhaber angelegt ist oder nicht.

Dass diese Deduktion der Bedeutung des mittelbaren Besitzes entsprechen muss, ergibt sich auch aus der Fülle anderer Fälle, in denen mittelbarer Besitz durch Besitzüberlassung zur Entstehung gelangt, obwohl die Sache nach der rechtlichen Beschaffenheit des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses nicht zum Tradenten zurückkehren soll. So ist beispielsweise der Auftraggeber mittelbarer Besitzer in Ansehung der dem Beauftragten, der Kommittent in Anbetracht der dem Kommissionär übergebenen Sachen der Absender und Ablader erhalten mittelbaren Besitz am Frachtgut, der Spediteur am Speditionsgut usw.

U. E. ist der Unterschied zwischen den im § 868 aufgezählten Fällen und dem in Frage stehenden ein anderer. Dort zielen die Verhältnisse ihrem juri-

stischen Zwecke nach darauf hin, dass der Empfänger: der Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter und Verwahrer, ebenso wie z. B. der Beauftragte, nur vorübergehend unmittelbar besitzen sollen; ob die Sache, wie bei der Miete, Pacht, wieder zum Tradenten zurückkehrt oder dem Empfänger verbleibt, wie möglicherweise beim Pfandvertrage, oder endlich in die Hände eines Dritten gelangt, wie beim Auftrag, darauf kommt nichts an. Wesentlich ist nur, dass vom Standpunkt des Tradenten aus, den er bei der Hingabe der Sache einnimmt, der Empfänger den überlieferten Gegenstand nicht dauernd innehaben soll. Hier aber, bei der Veräusserung unter Eigentumsvorbehalt, geht die Absicht des Veräusserers von vornherein dahin, dass die Sache, wenn auch vorläufig bedingt, in das Eigentum und damit in den Dauerbesitz des Erwerbers übergeht. Die rechtliche Wesenheit der Miete, des Pfandvertrags, des Auftrags liegt in dem vorübergehenden Gebrauch, in der einstweiligen Sicherheit, in dem zeitlich begrenzten Innehaben der Sache zur Ausführung des Auftrags. Weder der Vermieter noch der Verpfänder noch der Auftraggeber beabsichtigen bei Eingehung des Vertrags, die Sache dem Empfänger dauernd zu belassen. Die juristische Natur des durch Eigentumsvorbehalt suspensiv bedingten Veräusserungsgeschäfts besteht aber in der Verschaffung demnächstigen ewigen Eigentums.

Der Unterschied der Beispielsfälle des § 868 und anderer gegenüber dem vorliegenden ist eklatant. Die

erforderte Ähnlichkeit ist nicht vorhanden, es kann daher dem Veräusserer unter Eigentumsvorbehalt auch kein mittelbarer Besitz zugesprochen werden. „Wenn sich der Verkäufer auch", so bemerkt Thiesing mit Recht, „um für seine Kaufpreisforderung durch die Kaufsache selbst gesichert zu sein, sein Eigentumsrecht noch vorbehält, so erschöpfen sich doch damit seine Beziehungen zu derselben. Wirtschaftlich erscheint sie ihm schon jetzt als eine fremde, deren Schicksal ihm an sich — von seinem Sicherungsinteresse abgesehen — gleichgültig ist, im völligen Gegensatz zu den Beispielsfällen, bei denen das Interesse des mittelbaren Besitzers an der Sache das allerdringendste ist".

Wie unter einer aufschiebenden, so ist natürlich auch unter einer auflösenden Bedingung eine Veräusserung möglich. Wenn A, dem daran gelegen ist, das Original eines Bildes nicht vervielfältigt zu sehen, dem B das Bild kaufweise unter der Bedingung tradiert, dass B die Absicht, eine Copie des Bildes anzufertigen, unausgeführt lasse, so wird B resolutiv-bedingter Eigentümer. Dass nun A während des Schwebezustands mittelbarer Besitzer sei,[1] halten wir aus den oben angeführten Gründen nicht für richtig. **Weder durch Besitzübergabe unter Suspensiv- noch unter Resolutivbedingung wird mittelbarer Besitz begründet.**

Aus gleichem Gesichtspunkte ist auch die vielbestrittene Frage zu beurteilen, ob der Grundstückseigentümer, der ein **Erbbaurecht** bestellt, mittelbaren Besitz erwirbt.

1) So Kniep S 159 f.

Das Erbbaurecht ist das veräusserliche und vererbliche dingliche Recht, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§ 1012 BGB.). Der Gegenstand des in Frage kommenden mittelbaren Besitzes könnte sich nur auf das Grundstück selbst, nicht auch auf den errichteten Bau erstrecken, da er dem römischen Grundsatze: superficies solo cedit entgegen nach § 95 BGB. in das Eigentum des Erbbauberechtigten übergeht.

Das Dasein mittelbaren Besitzes verneint Wendt,[1] indem er geltend macht, der Erbbauberechtigte sei in perpetuum berechtigt.

Demgegenüber spricht Gierke[2] dem Grundherrn allgemein mittelbaren Besitz zu: „denn dem ewigen Eigentum gegenüber liegt immer ein zeitweiliges Verhältnis vor."

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Strohal[3] ein: „Den Eigentümer des Grundstücks kann man rücksichtlich des vom Erbbauberechtigten durch den Bau oder das sonstige Werk in Anspruch genommenen Grundes als mittelbaren Eigenbesitzer betrachten, gewiss dann, wenn das Erbbaurecht auf Zeit bestellt ist."

In gleichem Sinne äussert sich Kniep[4]: „Es unterliegt keinem Zweifel, dass wir den Erbbauberechtigten als Sachbesitzer zu betrachten haben. Derjenige, welcher das Erbbaurecht einräumte, erlangt jedenfalls

1) S. 61; ebenso Bartels S. 647, Männer S. 196, Windscheid-Kipp S. 698. 2) Fahrn. S. 7 A. 15; ebenso Biermann § 868 N. 2, Fischer-Henle § 868 N. 2, Gärtner S. 151, Planck § 868 N. 2β, v. Staudinger § 868 N. III 2. 3) S. 35 A. 38. 4) S. 135 f., ebenso Klein S. 70.

dann mittelbaren Besitz, wenn eine auflösende Bedingung hinzugefügt ist oder die Einräumung bis zu einer bestimmten Zeit erfolgte. Selbst wenn ein Erbbaurecht von ganz unbeschränkter Dauer bewilligt ist, dürften immerhin einige Besitzbefugnisse für den Besteller übrig bleiben, sodass wir ihm den mittelbaren Besitz nicht absprechen können. Es kommt hier alles auf den Inhalt des Begründungsvertrages an, dem für die verschiedenartigsten Möglichkeiten ein breiter Spielraum gelassen ist."

Der Grundsatz Gierkes, das Erbbaurecht müsse in Rücksicht auf das Eigentum des Grundherrn ein zeitweiliges Verhältnis sein, erscheint nicht als berechtigt. Denn das Erbbaurecht ist als ewiges Recht gedacht.[1] Das erhellt einmal daraus, dass nur durch den Untergang des Grundstücks, nicht aber schon durch den Untergang des Bauwerks das Recht sein Ende findet (§ 1015 BGB.), sodann auch aus seiner unbeschränkten Vererblichkeit. Da ferner die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften auf das Erbbaurecht Anwendung finden, so unterliegt es auch trotz jahrelanger Nichtausübung nicht der Verjährung (§§ 1017, 873, 902 BGB.). Mit diesem Zustand ist das Eigentum des Grundherrn wohl vereinbar, es ist eben ein stark eingeschränktes, gemindertes Eigentumsrecht.

Aber das Erbbaurecht ist in gleicher Weise wie das Eigentum, wenn auch an sich zeitlich unbeschränkt, so doch deshalb nicht zeitlich unbeschränkbar. Die Einräumung unter einer Resolutivbedingung oder unter

1) Cosack S. 201.

einem Endtermin ist recht wohl möglich.[1] Der Erbbauberechtigte ist also nicht, wie Wendt annimmt, immer in perpetuum berechtigt. Jedoch das Rechtsverhältnis selbst ist seinem juristischen Wesen nach — das ist das Entscheidende — in perpetuum abgestellt und somit nicht zum Besitzmittlungsverhältnis geeignet. Ebensowenig wie bei resolutiv-bedingtem oder -befristetem Eigentum, so wenig gelangt auch bei resolutiv-bedingtem oder -befristetem Erbbaurecht mittelbarer Besitz zur Entstehung.[2]

Anders liegt dagegen der Fall beim dinglichen **Wohnungsrecht.** Es ist wie der Niessbrauch infolge seiner Unvererblichkeit (§§ 1093, 1090, 1061 BGB.) seiner Natur nach auf Zeit angelegt. Der Wohnungsberechtigte ist nur auf Zeit, höchstens bis zum Tode, zum Besitze berechtigt und vermittelt daher dem Eigentümer mittelbaren Besitz.[3]

§ 6.

Während ein unmittelbarer Besitzer bei der Besitzüberlassung dadurch mittelbaren Besitz gewinnt, dass er seinen unmittelbaren Besitz aufgibt, kann mittelbarer Besitz auch in der Weise begründet werden, dass der unmittelbare Besitzer seinen Besitz zwar behält, aber mit einem Dritten eine bestimmte Vereinbarung trifft, die Sache, die er bisher in eigenem Namen besessen hat, in Zukunft im Namen des Dritten besitzen zu wollen. Das ist der Fall des **constitutum possessorium.**

1) Das erkannte schon das röm. Recht durch Festsetzung einer Minimalgrenze für Bestellung einer Superficies an (l. 1 § 38 D. 43, 18). 2) Aus gleichen Gründen auch nicht bei der Erbpacht (Art. 63 EG. BGB.); a. M. Planck § 868 N. 2 β. 3) Ebenso Planck § 868 N. 2 β.

Durch eine solche Abrede erlangte im römisch-gemeinen Recht der Dritte den juristischen Besitz, der frühere juristische Besitzer ging seines Besitzes verlustig und wurde nunmehr blosser Detentor.

Anders nach BGB.! Der Unterschied zwischen juristischem Besitz und Detention ist dem BGB. unbekannt. An die Stelle des juristischen Besitzers tritt der mittelbare, an die Stelle des Detentors der unmittelbare Besitzer. Auf seiten des unmittelbaren Besitzers vollzieht sich aber durch die Vereinbarung eines Besitzconstituts niemals ein Besitzverlust, sondern höchstens nur eine Besitzumwandlung; der Besitzgewinn des Dritten bleibt, wenn auch nur in der Form mittelbaren Eigen- oder Fremdbesitzes, bestehen.

Das constitutum possessorium ist nach BGB. nicht als ein besonderes Institut in der Besitzlehre geregelt, sondern beim Eigentumserwerbe (§ 930) und bei der Niessbrauchbestellung (§ 1032) an beweglichen Sachen[1] als Ersatz der Übergabe aufrecht erhalten. Nur beim Eigentumserwerbe tritt auf seiten des unmittelbaren Besitzers, des Veräusserers, eine Besitzumwandlung ein, nämlich von Eigen- in Fremdbesitz, während ein Nichtbesitzer, der Erwerber, mittelbarer Eigenbesitzer wird. Bei der Niessbrauchbestellung dagegen bleibt der unmittelbare Besitzer, der Besteller, Eigenbesitzer, ein Nichtbesitzer, der nunmehrige Niessbraucher, wird aber mittelbarer Fremdbesitzer.

Das Besitzconstitut setzt immer voraus, dass der Constituent Eigentümer der Sache ist. Ein Nichteigentümer kann ein constitutum possessorium nicht wirksam

1) Vgl. ferner § 1117 Abs. 1 S. 2 BGB.

abschliessen. Die beabsichtigte Rechtswirkung wird erst durch nachfolgende Tradition[1] erzielt und ist durch Gutgläubigkeit des Erwerbers und ferner durch die Eigenschaft der Sache als einer nicht gestohlenen, verloren gegangenen oder sonst abhanden gekommenen bedingt, es sei denn, dass es sich um Geld, Inhaberpapiere oder um im Wege öffentlicher Versteigerung veräusserliche Sachen handelt (§§ 933, 932 Abs. 2, 935, 1032). Damit wird aber kein mittelbarer Besitz mehr hergestellt, da der Erwerber nunmehr Vollbesitzer geworden ist und der Tradent jeden Besitz verloren hat.

Das constitutum possessorium setzt weiter voraus, dass sich der Eigentümer im Besitze der Sache, im unmittelbaren oder auch mittelbaren[2] Besitze befindet. Im letzteren Falle, wenn der Constituent z. B. die Sache hinterlegt hat, entsteht gemäss § 871 BGB. eine Kettenreihe von mittelbaren Besitzern: der Constituent ist mittelbarer Besitzer ersten, der Erwerber mittelbarer Besitzer zweiten Gliedes. Ist der Constituent weder im unmittelbaren noch im mittelbaren Besitze, so wird dem Erwerber trotz des Constituts kein mittelbarer Besitz zu teil. Ein Besitzdiener ist deshalb nicht in der Lage, durch selbständige und eigenmächtige Eingehung eines Besitzconstituts einem Dritten mittelbaren Besitz zu verschaffen.[3]

Wie der Erwerb mittelbaren Besitzes durch Besitzüberlassung von einem zwiefachen Vertragsschluss: Tradition und Abrede eines Besitzmittlungsverhältnisses

1) a. M. Kniep S. 261: „ein Nichteigentümer verkauft (gem. §§ 933, 930) ein Klavier und mietet es noch auf 1 Jahr. Hier ist der Käufer jedenfalls kein Eigentümer, aber den mittelbaren Eigenbesitz kann man ihm nicht absprechen".
2) Ebenso Biermann § 930, Cosack S. 71, Planck § 930 N. 2; a. A. Endemann S. 147 A. 18. 3) Vgl. Endemann S. 147 A. 18.

abhängig ist, so wird auch für die Entstehung mittelbaren Besitzes durch constitutum possessorium ein Doppelvertrag erfordert: einmal ein Rechtsgeschäft, durch welches sich die Sache aus dem Besitze des Constituenten entfernen würde, beim Eigentumserwerb regelmässig ein Verkauf, bei der Niessbrauchbestellung der Niessbrauchvertrag selbst, sodann die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, das die Belassung des Besitzes beim Constituenten rechtfertigt und „vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt", z. B. Vorbehalt einer Miete, einer Verwahrung. Der Verkäufer behält das Pferd einstweilen als Mieter zurück, der Niessbrauchbesteller verwahrt die Kuh in seinem Stalle.

Zu den beim constitutum possessorium möglichen Rechtsverhältnissen muss auch der **Pfandvertrag** gerechnet werden, wenngleich bei der Bestellung eines Pfandrechts das constitutum possessorium keine Anwendung findet und daher auch in diesem Falle kein mittelbarer Besitz entsteht.[1] Die gegenteilige Auffassung Biermanns[2] der Pfandvertrag könne niemals einem constitutum possessorium zu Grunde liegen, beruht auf einer Verwechslung des hier in Rede stehenden Constituts zwecks Übereignung durch Pfandbestellung mit dem verbotenen Constitut zum Zweck der Pfandbestellung.[3]

Das blosse Übereinkommen der Kontrahenten dagegen, dass der Constituent fortab für den Erwerber besitzen soll, kann nicht als ein für die Begründung mittelbaren Besitzes geeignetes

1) Beispiel: Will A dem B eine Geige verpfänden, sie aber zugleich weiter benutzen, so erlangt B keinen mittelbaren Besitz. 2) § 930 in der ersten Auflage; in der zweiten jetzt a. M. 3) Ebenso Cosack S. 124 a. Kniep S. 259, 261, Planck § 930 N. 3.

Verhältnis angesehen werden. Wie überhaupt, so bildet auch für den Erwerb mittelbaren Besitzes durch constitutum possessorium das Vorliegen eines genau bestimmten, **konkreten** Rechtsverhältnisses eine essentielle Voraussetzung. „Ein abstraktes constitutum possessorium, also etwa die zwischen dem bisherigen Besitzer und einem andern getroffene und sich darauf beschränkende Verabredung, dass der andere mittelbarer Besitzer werden solle, wird als unwirksam behandelt werden müssen".[1]

Auf den Boden dieser in der Literatur vorherrschenden Rechtsanschauung hat sich auch die Praxis gestellt. Das Reichsgericht hat in mehreren Erkenntnissen zu dieser Frage Stellung genommen und sich dahin ausgesprochen, dass ein abstraktes constitutum possessorium nicht als ein ähnliches Verhältnis beurteilt werden könne; es werde vielmehr erfordert: „dass durch ein konkret bestimmtes, obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechts an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem andern ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei".[2]

1) Strohal S. 91 f.; ebenso Bartels S. 657 f., Bekker S. 52 f., Biermann § 930 N. 1 b, Cosack S. 124 a, Endemann S. 146 f., Fischer-Henle § 868 N. 2, Planck § 930 N. 3, Recht 1901 S. 31[3], Soergel 1900/01 § 930, v. Staudinger § 854 N. 4, § 930 N. 1 b; für das gemeine Recht bestritten von Dernburg Pand. I § 181 No. 5. 2) RGE. B. 49 S. 173, vgl. B. 54 S 396 ff., D. J.-Ztg. 1902 S. 101, J. W.-Schr. 1902 S. 10, Recht VI S. 587, Soergel 1902 § 930 No. 1 u. 2.

Dass das **pactum reservatum dominii**, welches, wie wir schon oben ausführten, u. E. überhaupt nicht geeignet ist, die Entstehung mittelbaren Besitzes herbeizuführen, wenigstens kein Besitzmittlungsverhältnis beim Erwerb mittelbaren Besitzes durch constitutum possessorium darstellt, hat auch das Reichsgericht[1] nicht umhin gekonnt zu bejahen. Wenn nachträglich, nachdem Verkauf und Übergabe beweglicher Sachen ohne Eigentumsvorbehalt geschehen seien, die Vertragschliessenden vereinbarten, der Verkauf solle unter Eigentumsvorbehalt geschehen sein, so sei in dieser Vereinbarung kein ähnliches Verhältnis im Sinne des § 868 zu sehen, „durch welches infolge des darin für die Klägerin gemachten Vorbehalts des Eigentums an den verkauften Sachen bis zur Tilgung des Kaufpreises der Beklagte nur auf Zeit zum Besitze der Sache berechtigt und demgemäss die Klägerin mittelbare Besitzerin geworden ist". Denn „durch den Vertrag ist nicht ein neues Rechtsverhältnis geschaffen, welches, wie z. B. ein Rückkauf, der Veränderung des Willens zur Grundlage und Erklärung hätte dienen können, sondern lediglich der alte Vertrag dahin modifiziert worden, dass der Käufer bis zur Zahlung des Kaufpreises die ihm überlieferten Sachen nicht mehr für sich, sondern für den Verkäufer besitzen soll. Es liegt lediglich ein abstraktes constitutum possessorium vor, und es fehlt das konkrete Verhältnis, dessen Hinzutritt erforderlich ist, wenn das constitutum possessorium als Äquivalent der körperlichen Über-

1) B. 54 S. 396 ff., vgl. B. 49 S. 171, J. W.-Schr. 1903 S. 80.

gabe das Erfordernis des dinglichen Vertrages erfüllen soll."

Ein abstraktes constitutum possessorium ist endlich auch zwischen dem **Käufer** und dem Verkäufer **vom Augenblick des Vertragsschlusses bis zur Übergabe** der Sache gegeben. Denn es fehlt ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Besitz des Verkäufers als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint.

Die Vereinbarung eines solchen ist auch nicht ohne weiteres als stillschweigend vorhanden anzunehmen. Es könnte hier allein ein Verwahrungsverhältnis in Frage kommen. Hat der Verkäufer, der noch den Kaufgegenstand in Händen hat, eine dem Verwahrer analoge Stellung? Wäre dieses der Fall, so müsste er, wie im römischen Recht, zur Verwahrung verpflichtet sein (§ 688 BGB.). Diese Verwahrungspflicht ergab sich für den Verkäufer aus dem periculum rei venditae, das der Käufer schon mit Abschluss des Kaufvertrages zu tragen hatte. Liess er die Sache noch beim Verkäufer, so konnte er von ihm custodia, quam diligens pater familias adhibere solet, verlangen.

Heute aber haftet der Verkäufer bis zur Übergabe der Sache nicht bloss für omnis diligentia, sondern er trägt sogar die Gefahr zufälliger Verschlechterung oder zufälligen Untergangs (§ 446 BGB.). Trotz dieser relativ grösseren Verantwortlichkeit kann ihm jedoch keine Verwahrungspflicht aufgelastet werden. Denn es ist ja seine Sache, wenn der Kaufgegenstand Schaden erleidet; der Käufer wird von der Zahlung des Kaufpreises frei und kann daher billigerweise den Verkäufer auch nicht für custodia haftbar machen. Ein

mittelbarer Besitz des Käufers wird mithin nicht begründet.[1]

Ist freilich zwischen Verkäufer und Käufer ein Verwahrungsverhältnis expressis verbis vereinbart worden oder ergibt sich auch ohne ausdrückliche Abrede schon aus den begleitenden Umständen, dass der Verkäufer die veräusserte Sache nur noch als Verwahrer innehaben soll, so gelangt mittelbarer Besitz zur Entstehung.[2]

§ 7.

Durch Besitzüberlassung und constitutum possessorium wird mittelbarer Besitz vertragmässig originär erworben, d. h. der mittelbare Besitz entsteht, ohne von einem früheren mittelbaren Besitzer abgeleitet zu sein. Nun kann aber auch mittelbarer Besitz auf consensualem Wege derivativ, also in der Art gewonnen werden, dass sich der mittelbare Besitzerwerb auf den mittelbaren Besitz eines Vormanns stützt.

Dahin gehört der Fall des § 870 BGB.: die Übertragung bereits bestehenden mittelbaren Besitzes durch **Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruchs,** den der mittelbare Besitzer gegen den Besitzmittler hat. „Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen andern übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird." Die Abtretung ist ein Vertrag und regelt sich nach den Vorschriften der §§ 398 ff. BGB.

1) Vgl. Biermann § 868 N. 2, Cosack S. 64, Fischer-Henle § 868 N. 2, Klein S. 74 f., Leonhard S. 73, Kniep S. 167, Planck § 868 N. 2 c, e, Strohal S. 19, Thiesing S. 246 f., v. Staudinger § 868 N. II 2, Wendt Arch. S. 63. 2) Ebenso Bekker S. 52 f., Strohal S. 92.

Wie das constitutum possessorium, so bildet auch die Abtretung des Herausgabeanspruchs einen Ersatz der Übergabe. Während aber dem Besitzconstitut sowohl unmittelbarer wie mittelbarer Besitz zu Grunde liegen kann, ist die Besitzüberweisung immer durch mittelbaren Besitz des Cedenten bedingt.

Die Abtretung selbst erfolgt ganz formlos. Sie bedarf weder der Einwilligung des Besitzmittlers noch seiner Anerkennung des neuen mittelbaren Besitzers als Oberherrn[1] noch seiner Mitwirkung oder Kenntnisnahme von der Übertragung.[2] Soll mit der Überweisung die Bestellung eines Pfandrechts verbunden werden, so ist allerdings eine Anzeige an den Cessus für die Rechtsgültigkeit der Verpfändung wesentlich (§ 1205 Abs. 2 BGB.).

Die Rechtslage des unmittelbaren Besitzers wird durch die Übertragung in keiner Weise berührt. Er behält die Einreden, die er gegen den Cedenten hatte, auch dem Cessionar gegenüber.

Die einzige stets notwendige Voraussetzung in der Person des Cessus liegt darin, dass er im Augenblick der Besitzüberweisung die tatsächliche Herrschaft über die Sache hat oder wenigstens mittelbar über sie zu verfügen vermag. Ist weder das eine noch das andere der Fall, hat z. B. der Mittler durch Entsetzung die Sache verloren, so ist trotz der Besitzüberweisung der mittelbare Besitz nicht übergegangen.[3]

Dass der Herausgabeanspruch rechtlich begründet sei, ist nicht erforderlich. Die Entstehung mittelbaren

1) a. M. Cosack S. 73a, Biermann § 870 N. 1. 2) Ebenso Cosack S. 72a, RGE. B. 52 S. 274, Soergel 1900/01 § 931, Strohal S 93, v. Staudinger § 870 N. 1. 3) Vgl. Cosack S. 73a.

Besitzes tritt ein, selbst wenn der Herausgabeanspruch nur vermeintlich existiert.[1]

Soweit die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs Selbstzweck oder zugleich Mittel zu dem Zwecke ist, dem Cessionar ein obligatorisches Recht, z. B. ein Mietrecht, zu verschaffen, erlangt der Cessionar nur einen persönlichen[2] Anspruch gegenüber dem herausgabepflichtigen Mittler. Beabsichtigt dagegen der Cedent dem Cessionar durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs Eigentum zu übertragen (§ 931 BGB.), einen Niessbrauch (§ 1032 BGB.) oder ein Pfandrecht (§ 1205 Abs. 2 BGB.) zu bestellen, so erwirbt der Cessionar einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe, den er jedem dritten gegenüber geltend machen kann.[3]

Die Abtretung des Anspruchs hat zur Folge, dass der Cedent seinen Herausgabeanspruch[4] gegen den Cessus einbüsst. Tritt er daher nachträglich den gleichen Herausgabeanspruch nochmals an einen andern ab, so wird dieser kein mittelbarer Besitzer. Erwirbt aber der zweite Cessionar vor dem ersten die Sache, so wird er Alleinbesitzer, der mittelbare Besitz des ersten Cessionars geht unter,[5] obwohl sein Herausgabeanspruch auf Grund des übertragenen obligatorischen oder dinglichen Rechts noch fortbesteht.

Eine gleiche Wirkung wie durch Abtretung des

1) Vgl. o. S. 29. 2) Vgl. o. S. 28, ferner Biermann § 868 N. 1, Planck § 870 N. 1. 3) Vgl. Strohal S. 93. 4) Nicht aber auch stets den mittelbaren Besitz. Es entscheidet der Zweck der Zession, s. u. § 15. 5) Vgl. Biermann § 870 N. 1.

Herausgabeanspruchs kann durch **blosse Übertragung des Rechts,** an das der mittelbare Besitz geknüpft ist, erzielt werden.[1] Dann tritt der Erwerber, ohne dass es einer besonderen Abtretung des Herausgabeanspruchs bedürfte, in das den mittelbaren Besitz vermittelnde Rechtsverhältnis ein. Wenn beispielsweise A sein an B vermietetes Haus an C verkauft, so wird C schon mit Abschluss des Kaufvertrags mittelbarer Besitzer des Hauses.

Ein weiterer Anwendungsfall der Regel des § 870 BGB. ist in den §§ 424, 450 und 467 HGB. gegeben. Der Einlagerer, Absender und Ablader sind mittelbare Besitzer der im unmittelbaren Besitz des Lagerhalters, Frachtführers und Verfrachters, bzw. des Schiffers befindlichen Waren. Stellt nun z. B. der Schiffer dem Ablader ein oder mehrere Konnossemente aus und übersendet der Ablader dem Empfänger der Waren ein Konnossement, so gewinnt der Konnossementsbesitzer mittelbaren Besitz an den Gütern, die der Schiffer in unmittelbarem Besitze hat. Die **Aushändigung eines Konnossements** an den Empfangsberechtigten führt also zu demselben Ergebnis wie die Abtretung des Herausgabeanspruchs. Ebenso werden die **Nehmer eines Lade- und Lagerscheins** mittelbare Besitzer der in diesen Papieren verbrieften Waren. Jene Urkunden können auch an Order gestellt werden; dann wird ein jeder, der durch die Übergabe des Papiers zur Empfangnahme legitimiert ist, mittelbaren Besitz erhalten.[2]

1) Vgl. v. Staudinger § 870 N. 1. 2) Vgl. Bartels S. 669 f., Biermann § 868 N. 1, Cosack Lehrb. des Handelsr. 1898 S. 464 ff., Kniep S. 140, 143, Planck § 868 N. 2 β, § 870 N. 1, v. Staudinger § 868 N. III 2, § 870 N. 2.

Die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs kann nicht dadurch ersetzt werden, dass der mittelbare den unmittelbaren Besitzer **anweist,** in Zukunft den Besitz für den Anweisungsempfänger auszuüben. Denn vor der Annahme der Anweisung ist der Assignat dem Assignatar gegenüber zur Leistung wohl ermächtigt, aber nicht verpflichtet (§ 783 f. BGB.). Dem Assignatar fehlt daher auch ein Herausgabeanspruch gegen den Assignaten.[1]

Ebensowenig bildet für die vertragliche Abtretung einen Ersatz die **im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Überweisung** des dem mittelbaren Besitzer zustehenden Herausgabeanspruchs zur Einziehung (§§ 846, 849 CPO.), da hierdurch der Anspruch nicht auf den Gläubiger übergeht.[2]

Dagegen ist ein Ersatz wohl möglich durch Abschluss eines **Vertrags zu Gunsten eines Dritten** (§ 328 BGB.). Hinterlegt z. B. A eine Sache bei B mit der Bestimmung, dass sie an C ausgeliefert werden soll, so hat C ein selbständiges Recht auf Herausgabe der Sache gegen B erworben und mit ihm mittelbaren Besitz.[3]

### 2. Der consenslose Besitzerwerb.

Wir haben bis jetzt nur solche Erwerbsgründe kennen gelernt, durch welche mittelbarer Besitz auf rechtsgeschäftlichem Wege begründet wurde.

1) Vgl. Dernburg S. 59, Matthiass S. 12. 2) Vgl. Biermann § 870 N. 1, Fischer-Henle § 870 N. 1, Planck § 870 N. 1, v. Staudinger § 870 N. 4. 3) s. Kniep S. 141 f., Planck § 868 N. 2 *a*.

Es lag hier immer eine vertragsmässige Einigung zwischen zwei Personen vor, die entweder mittelbaren Besitz neu zur Entstehung brachte oder bereits vorhandenen mittelbaren Besitz auf einen andern übergehen liess. Derjenige, welcher mittelbarer Besitzer geworden war, gewann den mittelbaren Besitz, weil er selbst rechtsgeschäftlich tätig wurde. Ohne eine Rechtshandlung seinerseits kein mittelbarer Besitzgewinn!

Nun kann aber auch der mittelbare Besitz in der Weise erworben werden, dass eine auf die Begründung des mittelbaren Besitzes gerichtete Parteivereinbarung nicht vorliegt. Der mittelbare Besitz gelangt unabhängig von einem darauf gerichteten Willen der Beteiligten zur Entstehung. Man kann dann von einem mittelbaren Besitzerwerb ipso jure sprechen, der sich ohne Konsens, kraft Gesetzes oder originär durch eine Handlung des Besitzmittlers vollzieht.

§ 8.

Auf gesetzlicher Grundlage beruht der Erwerb des mittelbaren Besitzes, wenn er durch **Erbgang** erlangt wird. Der Besitz des BGB. ist vererblich: „Der Besitz geht auf den Erben über“ (§ 857).

Dieser Grundsatz, in welchem sich das BGB. im Gegensatz zum römischen Recht und zum ersten Entwurf des BGB. (§ 2052) der deutschrechtlichen Auffassung „der Tote erbt den Lebendigen“ anschliesst, ist ohne Zweifel auch auf den mittelbaren Besitz auszudehnen. Das ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 1922 BGB., nach welchem das Vermögen des

Erblassers als Ganzes auf den Erben übergeht, also auch der mittelbare Besitz.[1]

Durch Erbgang wird nicht etwa mittelbarer Besitz neu begründet, sondern nur der Übergang bereits bestehenden mittelbaren Besitzes vermittelt. Denn Voraussetzung ist, dass der Erblasser zur Zeit des Todes tatsächlich mittelbaren Besitz hatte. Der mittelbare Besitzerwerb durch Erbgang ist also gleich dem durch Abtretung des Herausgabeanspruchs derivativer Natur.

Das Dasein mittelbaren Besitzes beim Erblasser ist aber auch die einzige Voraussetzung. Weder eine Erwerbshandlung noch eine Kenntnis des Erben von dem Erbfall oder dem mittelbaren Besitz seines Erblassers wird erfordert. Im Augenblick des Todes gewinnt der Erbe ohne weiteres, von Rechtswegen den mittelbaren Besitz, den sein Erblasser zur Zeit des Todes gehabt hat.

Das gilt in gleicher Weise für den gesetzlichen wie für den testamentarisch oder durch Erbvertrag eingesetzten Erben, in gleicher Weise für den Geschäftsfähigen wie für den Geschäftsunfähigen, nicht dagegen für den nasciturus.[2]

Aber der mittelbare Besitzgewinn durch Erbgang ist nicht von vornherein ein definitiver. Der Erwerb ist vielmehr nur vorläufig, provisorisch, da ja der Erbe die Erbschaft ausschlagen (§ 1953 BGB.), für erbunwürdig erklärt werden (§ 2344 BGB.) oder der für den Erben vorläufig wirksam gewordene Berufungsgrund (Testament oder Erbvertrag) erfolgreich angefochten werden

1) Ebenso Biermann § 857 N. 1, Kniep S. 181, Planck § 868 N. 4, v. Staudinger § 857 N. III. 2) s. o. S. 37.

kann (§§ 2078 ff. BGB.). Erst wenn die für diese Fälle gesetzlich normierten Ausschlussfristen verstrichen sind oder von dem Anfechtungsrechte kein Gebrauch gemacht ist, wird der mittelbare Besitz durch Erbgang endgültig gewonnen sein.

Die Vererbung des mittelbaren Besitzes ist ebenso wie die des unmittelbaren Besitzes keine ausnahmslose. Als Ausnahmefälle sind in Anlehnung an Strohal[1] folgende hervorzuheben:

a) Obwohl der Regel nach (§ 727 BGB.) eine Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes ihre Beendigung findet, so kann doch im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein, dass beim Ableben eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll. Dann geht der Anteil des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, also auch sein mittelbarer Mitbesitz, nicht auf seine Erben über, sondern wächst gemäss §§ 738, 736 BGB. seinen Mitgenossen zu.

b) Stirbt ein Vormund, der Sachen des Mündels in seiner Stellung als Besitzmittler bei einem andern deponiert und dadurch für sich selbst mittelbaren Besitz begründet hat, so lebt sein mittelbarer Besitz nicht bei seinen Erben fort, sondern scheidet aus. Der Mündel wird somit aus einem mittelbaren Besitzer zweiten ein mittelbarer Besitzer ersten Gliedes, dem unmittelbar der dritte Inhaber der Sache, bei welchem

1) S. 97 ff.; vgl. ferner Biermann § 857 N. 3, Endemann S. 144 A. 6, Fischer-Henle § 857 N. 1, Kniep S. 181 f., Leonhard S. 62 f., Matthiass S. 12, Planck § 868 N. 4; a. M.: Binder S. 53 f., v. Staudinger § 857 N. IV 2.

der Vormund das Mündelgut hinterlegt hat, mittelbaren Besitz vermittelt.

Ebensowenig wie beim Vormund wird der mittelbare Besitz eines Testamentsvollstreckers, Konkursverwalters oder Gerichtsvollziehers, den sie nicht in ihrer Eigenschaft als Privatpersonen, sondern auf Grund ihres Amtes erhalten haben, mit ihrem Tode auf den Erben übergehen. Denn in allen diesen Fällen liegt ein persönliches Vertrauensverhältnis vor, das ihnen den Besitz der Sache verschafft hat, und es würde geradezu dem Geiste der Sequestration widersprechen, wollte man den Sequestrationsbesitz im engeren Sinne, der strengen Regel entsprechend, für vererblich erklären.

## § 9.

Während das BGB. selbst die Frage regelt, ob durch Erbgang mittelbarer Besitz gewonnen wird, gibt es darüber, ob man durch **Einsetzung zum Nacherben** mittelbaren Besitz erlangt, keinen Aufschluss.

Nacherbe ist, wer Erbe werden soll, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (§ 2100 BGB.).

Es handelt sich hier nicht etwa um die Frage, ob der Nacherbe mit dem Tode des Vorerben mittelbarer Besitzer der im unmittelbaren oder mittelbaren Besitze des Vorerben befindlichen Sachen wird. Denn das entscheidet sich nach dem allgemeinen, im vorausgehenden Paragraphen entwickelten Grundsatze: der Nacherbe erwirbt im Falle des Todes des Vorerben an denjenigen Gegenständen, die der Vorerbe unmittelbar besessen, unmittelbaren, an denjenigen, die er mittelbar besessen, mittelbaren Besitz.

Es ist hier vielmehr die doppelte Frage zu erörtern:

a) Ist der Nacherbe vor dem Eintritt der Nacherbfolge mittelbarer Besitzer des Nachlasses, den der Vorerbe von dem Erblasser erhalten hat? Und

b) vermittelt der Vorerbe nach dem Eintritt der Nacherbfolge, die sich mit einem bestimmten Zeitpunkte oder Ereignisse vollzieht, dem Nacherben mittelbaren Besitz, wenn er den Besitz der Nachlasssachen fortführt?

ad a) Bis zum Eintritt der Nacherbfolge ist der Vorerbe dem Nacherben gegenüber allerdings nur auf Zeit — im Zweifel bis zu seinem Tode (§ 2106 Abs. 1 BGB.) — zum Besitze des Nachlasses berechtigt. Der Nacherbe hat auch schon mit dem Erbfall ein festes Recht auf die Nacherbfolge (§ 2108 Abs. 2 BGB.) und eine Anwartschaft auf die Erbschaft selbst und insofern einen befristeten Herausgabeanspruch gegen den Vorerben erworben. Aber der Vorerbe hat die Stellung eines wahren Erben, er ist Eigentümer der Nachlassgegenstände, nicht etwa blosser Niessbraucher. Er leitet daher sein Recht zum Besitze vom Erblasser, nicht vom Nacherben ab und kann folglich dem Nacherben keinen mittelbaren Besitz vermitteln.

ad b) Tritt der Fall der Nacherbfolge ein, so hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein und fällt die Erbschaft ohne weiteres dem Nacherben an (§ 2139 BGB.). Der Besitz geht aber nur über, sofern sich nicht der Vorerbe der Herstellung der tatsächlichen Gewalt widersetzt.[1] Übt er gleichwohl den unmittelbaren Besitz des

1) Fischer-Henle § 857 N. 3.

Nachlasses noch weiter aus, so ist er nicht mehr zum Besitze des Nachlasses berechtigt, geschweige denn verpflichtet. Denn ihm liegt nunmehr die gesetzliche Pflicht ob, die Erbschaft herauszugeben (§ 2130 BGB.). Es kann also auch in diesem Falle dem Nacherben kein mittelbarer Besitz zugeschrieben werden.

In ähnlichem Sinne spricht sich auch Strohal[1] aus: „Der Nacherbe befindet sich dem besitzenden Vorerben gegenüber grundsätzlich weder vor noch nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge in der Stellung eines mittelbaren Besitzers. Nicht vor diesem Eintritt, weil die Erbenstellung bis zu diesem Zeitpunkt nur dem Vorerben zukommt, und nicht nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, weil der Umstand allein, dass der Vorerbe den Besitz der zum Nachlass gehörenden Sachen auch zu einer Zeit, wo er ihm nicht mehr gebührt, noch fortsetzt, nicht hinreicht, um den Nacherben den mittelbaren Besitz zu verschaffen."

## § 10.

Auf nicht rechtsgeschäftlichem Wege kann ferner mittelbarer Besitz durch **Stellvertretung** zur Entstehung gelangen. Besitzerwerb durch Stellvertretung bedeutet: Erwerb des Besitzes, der sich originär durch die Handlung eines andern, ohne Mitwirkung des Besitzerwerbenden vollzieht.

Die allgemeinen Vorschriften, die das BGB. über die Stellvertretung aufgestellt hat (§§ 164 ff.), können

1) S. 19, ebenso Fischer-Henle § 868 N. 2; a. M. Kniep S. 161: „Der Vorerbe, welcher die Erbschaft an sich genommen, ist der wirkliche Besitzer. Daneben erlangt der Nacherbe mittelbaren Besitz."

hier keine Anwendung finden. Denn der Besitzerwerb an sich ist kein Rechtsgeschäft, sondern die Begründung eines „dinglich wirkenden Besitzzustands".[1]

Nach dem Besitzrechte des BGB. kann der Besitzerwerb durch einen Stellvertreter in doppelter Weise in die Erscheinung treten:

a) Entweder erlangt der Vertreter an der Sache, an welcher er Gewalt ergreift, nur unselbständige Inhabung und verschafft dem Vertretenen unmittelbaren Besitz. Das ist der Fall des unmittelbaren Besitzerwerbes durch einen Besitzdiener, der unserm Thema fernliegt und daher keiner weiteren Betrachtung bedarf.

b) Oder der Vertreter nimmt eine Sache in der Weise in Besitz, dass er selbst selbständiger Inhaber wird. Dann kann der Vertretene, für den der Vertreter unmittelbar besitzt, da der unmittelbare Besitz ein Gewaltverhältnis einer Person zur Sache ist, nicht gleichzeitig unmittelbaren, sondern nur mittelbaren Besitz gewinnen.[2] Das ist der Fall des mittelbaren Besitzerwerbs durch einen Besitzmittler, der im folgenden des näheren erörtert werden soll.

Voraussetzung ist zunächst, dass zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ein Besitzmittlungsverhältnis gegeben ist.

Sodann wird erfordert, dass der Vertreter die tatsächliche Gewalt an der Sache erlangt, die der Vertretene durch ihn mittelbar besitzt, oder dass der Vertreter mittelbarer Besitzer wird. Im

1) Endemann S. 161, vgl. Kniep S. 230. 2) Vgl. Kniep S. 143, 231, Matthiass S. 12.

letzteren Falle ist der Vertretene gemäss § 871 BGB. mittelbarer Besitzer.

Die Herstellung der tatsächlichen Gewalt kann entweder in der Weise vor sich gehen, dass der Vertreter einseitig an einem Vermögensstück des Vertretenen Besitz ergreift, — also nicht etwa vertragliche Besitzüberlassung wie oben § 5, sondern einseitige Inbesitznahme begründet hier, auch wenn sie ohne Willen und Wissen, ja gegen den Willen des Vertretenen[1] geschieht, mittelbaren Besitz — oder dadurch, dass der Vertreter von einem Dritten, sei es corpore oder auch durch Einigung im Sinne des § 854 Abs 2 BGB.[2] die Sachherrschaft erwirbt. Im ersteren Fall tritt beim Vertretenen eine Verwandlung des unmittelbaren Besitzes in mittelbaren, im letzteren Neuerwerb mittelbaren Besitzes ein. Ist hier die Willensrichtung des Vertreters und des Dritten von Bedeutung?

In dem früheren Rechte über Besitzerwerb durch Mittelspersonen gab es hierüber verschiedene Theorien:[3]

α. Die Willenstheorie: Nach ihr wird derjenige Besitzer, den die Parteien zum Besitzer machen wollen. Innerhalb dieser Theorie gehen die Meinungen auseinander, ob ein übereinstimmender Wille beider Parteien notwendig ist oder ob vornehmlich der Wille des Vertreters oder des Dritten entscheidet.

β. Die Constitutionstheorie: Sie hat mit der Willenstheorie gemeinsam, dass in erster Linie der Wille der Parteien massgebend ist, ob der Vertreter oder der Vertretene Besitzer werden soll. Tritt aber eine bestimmte Willensrichtnng nicht hervor, dann

1) s. S. 74 A. 3, 8, 9. 2) Vgl. Biermann § 854 N. 7. 3) s. Regelsberger a. a. O.

geht vorerst der Besitz auf den Vertreter über und wird von diesem sofort vermöge eines sich unmittelbar an seinen Erwerb anschliessenden constitutum possessoriums auf den Vertretenen übertragen.

γ. Die Interessentheorie, die insbesondere von Jhering vertreten worden ist. Sie geht davon aus, dass derjenige Besitzer sei, in dessen Interesse der Besitzerwerb im Einzelfalle liege.

δ. Endlich die Causalitätstheorie Lenels, nach welcher der Besitzer durch die causa der Leistung bestimmt wird.

Dass die Constitutions- und die Willenstheorie rechtlich nicht haltbar sind, hat Regelsberger schon ausgeführt.

Er sagt: „Die Constitutionstheorie übersieht, dass die Verpflichtung zur Eingehung eines Constitutsvertrags dessen Abschliessung nicht ersetzt. Die Annahme eines vorausgehenden Vertrags scheitert an dem Satz, dass die Besitzübertragung durch Constitut an einer erst zu erwerbenden Sache sowenig möglich ist wie die Tradition."

Von der Willenstheorie hebt er hervor, sie kranke vor allem an dem Fehler, dass eine bestimmte Willensrichtung sowohl des Dritten wie des Vertreters in den meisten Fällen nicht vorhanden, mindestens aber nicht erkennbar sei.

Endemann[1] stellt allerdings als unbedingtes Erfordernis das Vorhandensein eines Willens beim Vertreter auf, die Sache nicht für sich, sondern für den Vertretenen zu erwerben. „Nur durch die feste Be-

1) S. 126 A. 7; vgl. ferner Bekker S. 49, Dernburg S. 63, Soergel 1903 § 929 Z. 4.

stimmung, für den andern den Besitz auszuüben, wird dessen mittelbarer Besitz begründet."

U. E. ist jedoch der Wille des Vertreters[1] für den mittelbaren Besitzerwerb des Vertretenen ebensowenig erforderlich oder von Einfluss wie der Wille des Dritten[2] oder des Vertretenen[3] selbst. Mit Recht erklärt Lenel:[4] „Nicht darauf kommt es an, wem der Prokurator erwerben wollte, sondern darauf, wen die objektive Sachlage als den Erwerber bezeichnet." Es entscheidet also allein das objektive Verhältnis,[5] das zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter besteht. Ergibt sich aus den Umständen des Falles, dass der Vertreter mit Rücksicht auf das Besitzmittlungsverhältnis die Sachgewalt erlangt hat, so wird der Vertretene mittelbarer Besitzer, gleichgültig ob er im Einzelfall hat erwerben wollen, ob der Vertreter sich zum Alleinbesitzer machen[6] oder der Dritte bloss dem Vertreter Besitz verschaffen will.

Auch das Interesse[7] des Dritten oder seine oder des Vertretenen Kenntnis,[8] dass die Erwerbshandlung des Vertreters dem Vertretenen zu gute kommen soll, ist belanglos. Adquiritur etiam ignoranti.[9] Mag sich z. B. der Vertretene auf einer Reise in weiter Ferne befinden, er gewinnt doch ohne sein Wissen den mittel-

1) Ebenso Biermann § 868 N. 6, Munscheid S. 41. 2) Ebenso Bekker S. 48 f. 3) Vgl. Bekker S. 48 f., Dernburg S. 64. 4) Jher. Jahrb. B. 36 S. 88. 5) Vgl. Neumann § 854 N. 4. 6) Will z. B. der Ehemann auf Rechnung des eingebrachten Gutes für sich erwerben, so wird die Ehefrau dennoch nach § 1381 BGB. mittelbare Besitzerin. 7) a. M. Soergel 1903 § 929 Z. 4. 8) Ebenso Bartels S. 668, Dernburg S. 64, Endemann S. 163, Regelsberger S. 424; a. A. Biermann § 868 N. 6. 9) Kniep S. 231.

baren Besitz an den Sachen, die der Vertreter innerhalb des seiner Tätigkeit zugewiesenen Kreises auf Grund des Verhältnisses während der Abwesenheit erwirbt.

Das Verhältnis zwischen dem Vertreter und Vertretenen, dessen Dasein neben der Erlangung des Besitzes in der Form mittelbaren Besitzes oder tatsächlicher Gewalt durch den Vertreter auf die Entstehung mittelbaren Besitzes in der Person des Vertretenen also allein bestimmend wirkt, kann nun entweder ein Vertretungsverhältnis im eigentlichen Sinne sein oder auf einem Amt, auf richterlicher Einweisung in den Besitz oder auf einer aus dem Gesetz entspringenden Befugnis zur Inbesitznahme beruhen.[1]

I. Das Vertretungsverhältnis kommt entweder als rechtsgeschäftliches oder gesetzliches vor. Diese beiden Arten sind getrennt zu betrachten.

1. Das durch Rechtsgeschäft (Auftrag) geschaffene Vertretungsverhältnis wird Vollmacht genannt. (§ 166 Abs. 2 BGB.). Es könnte nun zweifelhaft erscheinen, ob sich der durch einen Bevollmächtigten vermittelte Besitzerwerb nicht auf rechtsgeschäftlichem Wege vollzieht. Dies ist aber zu verneinen. Denn während bei dem consensualen Besitzerwerb durch ineinandergreifendes Handeln des mittelbaren Besitzers und des Mittlers, zugleich mit Abschluss des Rechtsgeschäfts — bei der Besitzüberlassung mit der Tradition, bei dem constitutum possessorium mit der Vereinbaruug des Besitzmittlungsverhältnisses und bei der Überweisung des Herausgabeanspruchs mit der

1) Vgl. Kniep S. 146, Matthiass S. 8, Strohal S. 21.

Cession — der mittelbare Besitz zur Entstehung gelangt, bildet hier die Erteilung des Auftrags, der Vollmacht nur den Rechtsgrund, der den Vertreter zur demnächstigen Detention ermächtigt. Das dem mittelbaren Besitz zu Grunde liegende Verhältnis ist zwar rechtsgeschäftlich geschaffen, den mittelbaren Besitz selbst erwirbt aber der Vertretene erst nachher in dem Augenblick, wo der Vertreter durch eine von dem Vertretenen unbeeinflusste Handlung den unmittelbaren Besitz erlangt.

Bei der prokuratorischen Stellvertretung ist natürlich eine einseitige[1] Besitzergreifung des Vertreters an an einem Vermögensstück des Vertretenen ausgeschlossen. Eine solche Erwerbshandlung würde sich als Diebstahl qualifizieren, durch den, wie bereits oben hervorgehoben, mittelbarer Besitz nicht begründet wird. Der Gegenstand des mittelbaren Besitzes wird hier vielmehr stets aus dem Vermögen eines Dritten herstammen müssen.

Ein prokuratorischer Stellvertreter ist der **Prokurist**. Dass durch seine Erwerbshandlungen dem Prinzipal mittelbarer Besitz verschafft wird, ist nicht unbestritten. Biermann[2] und Dernburg[3] sehen in dem Prokuristen stets einen Besitzdiener, Bekker[4] meint, es

1) Hat der prokuratorische Vertreter eine Sache durch Vertrag, mit dem Willen des Vertretenen aus dessen Vermögen erworben, so liegt Entstehung mittelbaren Besitzes nicht durch Stellvertretung, sondern durch Besitzüberlassung vor. 2) § 855 N. 4. 3) S. 50. — Endemann verneint S. 127 originären Besitzerwerb durch einen Beauftragten überhaupt. Er sieht in diesem Fall in dem Beauftragten entweder nur einen Besitzdiener oder Vollbesitzer, bejaht aber im Widerspruch damit S. 162 f. den Besitzerwerb des Auftraggebers. 4) S. 48.

liesse sich nicht allgemein entscheiden, ob der Prokurist als Besitzdiener oder Besitzmittler zu betrachten sei. U. E. ist die Stellung des Prokuristen eine viel zu freie, als dass man ihn unter die Gattung der Besitzdiener rechnen könnte. Er muss vielmehr wegen seiner umfassenden Selbständigkeit immer als ein Besitzmittler angesehen werden.[1]

Bei dem Vertreter, der im Namen eines andern handelt, d. i. der **direkte Stellvertreter,** entsteht also in seiner Person unmittelbarer, in der Person des Vertretenen mittelbarer Besitz. Dass dagegen durch den **indirekten Stellvertreter** kein mittelbarer Besitz vermittelt wird, hat schon die zweite Redaktionskommission anerkannt. Es heisst in den Protokollen,[2] dass, wenn der Beauftragte zwar in Ausführung des Auftrags, aber in eigenem Namen den Besitz von Sachen erworben habe, aus seiner Verpflichtung, den Besitz derselben dem Auftraggeber zu übertragen, nicht gefolgert werden dürfe, dass der Auftraggeber mittelbarer Besitzer geworden sei.

Der Beauftragte, der in eigenem Namen handelt, leitet sein Recht zum Besitze nicht von dem Auftraggeber ab und kann daher diesem auch keinen mittelbaren Besitz vermitteln.[3] Das wird klarer, wenn man das typische Beispiel der indirekten Stellvertretung, den Kommissionär, näher ins Auge fasst. Kommissionär ist derjenige, der gewerbemässig Waren oder Wertpapiere in eigenem Namen für fremde Rechnung an- oder verkauft (§ 383 HGB.). Es kann

1) Ebenso Neumann § 854 N. 4. 2) Prot. II S. 3733 f. 3) Ebenso Kniep S. 151, 167, Planck § 868 N. 2 3, Regelsberger S. 424.

hier nur der **Einkaufskommissionär** in Betracht kommen, da der Kommittent ja an denjenigen Waren, die er dem Verkaufskommissionär übergeben hat, schon durch Besitzüberlassung mittelbaren Besitz erwirbt.

Wenn der Einkaufskommissionär Waren oder Wertpapiere anschafft, so wird er allerdings nach § 384 Abs. 2 HGB. obligatorisch verpflichtet, dem Kommittenten das Kommissionsgut herauszugeben, und ist insofern nur auf Zeit zum Besitze berechtigt. Aber er wird zugleich Eigentümer der eingekauften Sachen und übt daher den Besitz nicht vermöge des ihm erteilten Auftrags, sondern in seiner Eigenschaft als Eigentümer aus und leitet deshalb das Recht zum Besitze nicht vom Kommittenten ab. Er ist also einstweilen Alleinbesitzer.[1]

Auch Kniep[2] billigt dem Kommittenten keinen mittelbaren Besitz zu, will aber bei Sachen, die in Erfüllung einer Kaufforderung an den Kommissionär übergeben werden, eine Ausnahme gemacht wissen, da die Forderung materiell nach § 392 Abs. 2 HGB. eine Forderung des Kommittenten sei und der übergebene Kaufgegenstand daher auch im materiellen Eigentum des Kommittenten stehe; im übrigen soll der mittelbare Besitz des Kommittenten mit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Kommissionärs zur Entstehung gelangen.

U. E. erwirbt der Kommittent in allen Fällen den mittelbaren Besitz erst auf Grund des vom Kommissionär vollzogenen Übertragungsaktes, der

1) Übereinstimmend Biermann § 868 N. 6, Dernburg S. 47 A. 2 2) S. 54, 151, 167.

regelmässig durch ein constitutum possessorium vor sich gehen wird.[1]

Über den Zeitpunkt der Begründung des mittelbaren Besitzes an Wertpapieren, die der Kommissionär für den Kommittenten eingekauft hat, sind verschiedene Meinungen vorhanden. Nach § 7 des Depotgesetzes vom 5. VII. 1896 geht das Eigentum an vertretbaren Wertpapieren, mit Ausnahme von Papiergeld und Banknoten, spätestens in dem Augenblick auf den Kommittenten über, in denen der Kommissionär das erforderliche Stückeverzeichnis absendet. Es erhebt sich aber die Frage, ob nicht schon früher das Eigentum des Kommittenten und mit ihm der mittelbare Besitz zur Entstehung gelangen kann.

Kniep[2] nimmt an, dass mit Einlegung der eingekauften Papiere in das Depot des Kommittenten und mit einer Benachrichtigung hierüber der Kommittent den mittelbaren Besitz erwerbe.

Nach Bartels[3] genügt schon die Absendung der spezialisierten Einkaufsanzeige, vorausgesetzt, dass sie dem Kommittenten zugeht.

Biermann[4], Endemann[5] und Planck[6] lassen die Begründung des mittelbaren Besitzes noch früher eintreten, nämlich mit der blossen Kennbarmachung der Stücke, sei es durch Bezeichnung mit dem Namen des Kommittenten oder durch Einlegung

1) Ein solches constitutum possessorium enthält ein Kontrahieren des Kommissionärs mit sich selbst, das, da es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, nach § 181 BGB. zulässig ist; ebenso Biermann § 930 N. 2. 2) S. 166, 259; vgl. v. Staudinger § 868 N. 3 b β. 3) S. 672. 4) § 930 N. 2. 5) S. 315. 6) § 930 N. 5.

in ein für ihn bestimmtes Behältnis oder Buchung in ein Depotkonto des Kommittenten oder sonstige Eintragung in die Handelsbücher.

Das Reichsgericht, welches sich früher[1] dahin ausgesprochen hatte, dass sich noch nicht durch Einlegung der Papiere in ein besonderes Behältnis oder Eintragung in die Handelsbücher, sondern erst durch nachfolgende Anzeige die Eigentumsübertragung vollziehe, hat in einigen neueren Erkenntnissen[2] den Standpunkt vertreten, dass schon durch Einlegung der Papiere in eine Mappe des Kommittenten sein mittelbarer Besitz begründet werde.

2. Was die Besitzvermittlung durch gesetzliche Vertreter anlangt, so spricht Förtsch[3] allen gesetzlichen Vertretern die gleiche rechtliche Stellung zu. Er behauptet, die gesetzlichen Vertreter seien selbst weder Besitzer noch Besitzdiener, sie betätigten vielmehr nur den Besitz der von ihnen vertretenen Personen, die allein die Besitzer seien.

Das BGB. würde mithin ungeschrieben den Satz enthalten: Wenn gesetzliche Vertreter für die von ihnen Vertretenen die Sachherrschaft ausüben, so sind nur die Vertretenen Besitzer. Wie aber schon von v. Staudinger[4] mit Recht hervorhebt, muss das Bestreben obwalten, mit der Anwendung der vorhandenen Normen auszukommen, wenn dies eben möglich ist. Und bei der gesetzlichen Vertretung

1) B. 11 S. 60, B. 30 S. 56; vgl. Bekker S. 54 f. 2) s. J. W.-Schr. Beil. 10 S. 249, R. G. E. B. 52 S. 130, Soergel 1903 § 930. 3) S. 545 ff., ebenso wohl auch Fischer-Henle § 868 N. 2. 4) § 854 N. 3.

physischer Personen nötigt uns nichts, einen neuen Rechtssatz in das System des BGB. hineinzutragen.

Denn hier liegt stets Besitzvermittlung vor. Man betrachte den **Vormund**. Cosack[1] sieht allerdings in ihm nur einen Besitzdiener, Strohal[2] meint, der Vormund könne sowohl Besitzmittler wie Besitzdiener sein. Biermann[3] ist der Ansicht, dass regelmässig der Vormund Besitzmittler sei, aber unter Umständen aus dem Besitzverhältnis ausscheide. Wenn er Sachen z. B. auf den Namen des Mündels hinterlege, so erwerbe der Mündel direkten mittelbaren Besitz, nicht erst einen durch den Vormund vermittelten.

Bei der autorativen Stellung, die der Vormund dem Mündel gegenüber einnimmt, ist es ganz ausgeschlossen, ihn als einen Besitzdiener zu bezeichnen. Auch das Befehlsrecht des Vormundschaftsgerichts kann ihn nicht zu einem solchen stempeln, da gemäss § 855 BGB. gerade der Besitzherr, hier also der Mündel, befehlsberechtigt sein muss. Kraft seines Verwaltungsrechts (§§ 1793, 1890, 1897 BGB.) übt vielmehr der Vormund auf Zeit, solange sein Bestellungsgrund dauert, den unmittelbaren Besitz in selbständiger, von den Anordnungen des Mündels unabhängiger Weise aus und begründet daher in der Person des Mündels mittelbaren Besitz.[4] Dies gilt natürlich nur für dasjenige Mündelgut, an welchem der Vormund tatsächlich unmittelbaren Besitz ergriffen

1) S. 66d. 2) S. 16. 3) § 868 N. 4. 4) Ebenso Dernburg S. 50, Endemann S. 123, Kniep S. 50, 67, 94, 146, Leonhard S. 62, 84, Neumann § 868 N. 3 b, Planck §§ 854 N. 5, 868 N. 2 β, Thiesing, S. 243, v. Staudinger § 854 N. IV 3, Windscheid-Kipp S. 692 f.

hat; bezüglich derjenigen Vermögensstücke, die dem Mündel persönlich übergeben sind, ist jener selbst unmittelbarer Besitzer.

Aus gleichem Gesichtspunkt wird der Pflegebefohlene an denjenigen Sachen mittelbaren Besitz erwerben, die der **Pfleger**[1] für ihn in Besitz genommen hat (§ 1915 BGB.). Auch der **Inhaber der elterlichen Gewalt**[2] ist nur auf Zeit, bis zum Eintritt der Volljährigkeit, kraft seines Verwaltungs- und Nutzniessungsrechts (§§ 1638, 1649 ff., 1681, 1686 BGB.) zum Besitze des Kindesvermögens berechtigt und vermittelt demnach an diesem dem Kinde mittelbaren Besitz.

Hinsichtlich des Besitzverhältnisses des **Vorstands einer juristischen Person** zur juristischen Person selbst sind die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden. Dernburg[3] erachtet den Vorstand als einen Besitzdiener, weil er äusserlich nicht erkennbar (?)[4] für sich besitze und den Weisungen anderer Organe Folge zu leisten habe; zu demselben Resultat gelangen Cosack,[5] Enneccerus-Lehmann,[6] Jsay,[7] Männer,[8] Matthiass,[9] Wendt[10] und Windscheid-Kipp.[11] Bartels,[12] Biermann,[13] Leonhard,[14] Neumann[15] und Planck[16] erblicken in dem Vorstand einen Be-

1) Ebenso Dernburg S. 50, Endemann S. 123, Kniep S. 147 Planck §§ 854 N. 5, 868 N. 2 ß, v. Staudinger § 854 N. IV 3, Windscheid-Kipp S 692 f.; a. M. Biermann § 868 N. 4, Strohal S. 16: Besitzdiener oder Besitzmittler. 2) Ebenso Biermann § 868 N. 4, Kniep S. 115 f., Leonhard S. 62, R.-Spr. d. OLG. B. 4 S. 148, Planck § 854 N. 5, § 868 N. 2 ß, Soergel 1902 § 868 Z. 1, Strohal S. 21, Thiesing S. 243, v. Staudinger § 868 N. III 2. 3) S. 50. 4) s. o. S. 24 A. 1. 5) S. 66 d. 6) S. 62 ff. 7) S. 284. 8) S. 91 A. 7. 9) S. 7. 10) Arch. S. 66. 11) S. 692. 12) S. 668. 13) § 868 N. 4. 14) S. 63. 15) § 868 N. 3 b. 16) § 854 N. 5.

sitzmittler, in der Korporation die mittelbare Besitzerin. Nach Strohal[1] und v. Staudinger[2] hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob der Vorstand als Besitzdiener oder als Mittler anzusehen ist. Kniep[3] endlich vertritt die Meinung, dass der Besitz allein dem Vorstand als „Besitzträger" zukomme, da die juristische Person selbst besitzunfähig sei.

Den Vorstand als einen Besitzdiener zu kennzeichnen, erscheint deswegen nicht als angängig, weil er zur juristischen Person nicht in einem Verhältnis tatsächlicher Subordination steht. Er ist zwar in gewisser Weise den Beschlüssen anderer Organe der juristischen Person, z. B. der Mitgliederversammlung, Gehorsam schuldig, aber nur insoweit, als nicht die Angelegenheiten der Korporation ihm überwiesen sind (§ 32 BGB.). Im übrigen und wohl in der Mehrzahl der Fälle handelt er selbständig, den Weisungen anderer nicht untertan, und kann daher auch nicht wie z. B. ein Geschäftsangestellter allgemein als Besitzdiener angesehen werden.

Aber auch im Umfange seiner freien Machtentfaltung hat er nicht die Stellung eines Besitzmittlers. Denn der Vorstand als solcher ist der juristischen Person wesentlich (vgl. § 26 Abs. 1 BGB., § 231 HGB.); solange die juristische Person selbst existiert, ist ihr

1) S. 16. 2) § 854 N. IV 3. 3) S. 19, 49 ff., 98. So spricht Kniep z. B. dem Postdirektor den Besitz am Postgebäude, an den Postwertzeichen und Briefkästen zu, dem Präsidenten des Oberlandesgerichts den Besitz am Oberlandesgerichtsgebäude, dem kommandierenden Major den Besitz an der Kaserne und den Schilderhäuschen innerhalb des Bezirks.

auch der Vorstand eigen.[1] Er ist mithin der juristischen Person gegenüber kein Zeitbesitzer, sondern ein Besitzer in perpetuum, dessen unmittelbarer Besitz sogar regelmässig die Auflösung der Korporation überdauert (vgl. § 48 BGB., § 295 HGB.).

Wenn der Vorstand also weder Besitzdiener noch Besitzmittler ist, so bleiben nur noch zwei Möglichkeiten übrig: entweder ist ihm oder der juristischen Person Alleinbesitz zuzuerkennen. Nach der jetzt vorherrschenden Organtheorie[2] ist der Vorstand nicht bloss gesetzlicher Vertreter der juristischen Person, sondern er ist ihr Organ, d. h. Vorstand und juristische Person sind nicht zwei verschiedene Rechtssubjekte, sondern ein einziges Rechtssubjekt; sämtliche Lebensfäden der juristischen Person vereinigen sich in dem Vorstand, sie handelt in ihm und durch ihn. Da die juristische Person selbst vermöge ihrer Rechtsfähigkeit zum Besitze befähigt erscheint,[3] so ist sie allein unmittelbare Besitzerin, durch den Vorstand übt sie bloss die tatsächliche Sachherrschaft aus.[4] Bezüglich der juristischen

1) Anders besondere Vertreter für gewisse Geschäfte (§ 30 BGB.) oder Liquidatoren (§ 48 BGB., § 295 HGB.). Diese sind Zeitbesitzer und als solche Besitzmittler. Ebenso Geschäftsführer einer Gesellschaft, die aber nicht der Gesellschaft als solcher, sondern den Mitgliedern mittelbaren Besitz vermitteln; s. o. S. 37. 2) Vgl. Gierke: Deutsch. Privatrecht B. I S. 472 ff. u. die dort A. 16 aufgeführte Literatur, ferner Preuss: Stellvertretung oder Organschaft [Jher. Jahrb. B. 44 S. 429 ff.]. Vertreter der anorganischen Theorie sind u. a. Dernburg: Pand. I § 66, Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung S. 192, Regelsberger: Pand. I S. 322 f., Schlossmann: Organ u. Stellvertreter [Jher. Jahrb. B. 44]. 3) s. o. S. 36. 4) Die praktische Folge ist, dass nur die jur. Person selbst (durch den Vorstand), nicht auch der Vorstand an sich zur Erhebung der Besitzklagen aktiv legitimiert erscheint.

Person ist demgemäss der Auffassung Förtsch's, der sich auch das Kammergericht[1] angeschlossen hat, beizupflichten.

3. Liegt zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter weder ein prokuratorisches noch ein gesetzliches Vertretungsverhältnis vor, handelt aber der Vertreter gleichwohl für den Vertretenen als **negotiorum gestor**, wie steht es mit dem mittelbaren Besitz des Vertretenen?

Planck[2] unterscheidet zwischen denjenigen Sachen, die der Geschäftsführer ohne Auftrag im Namen des Geschäftsherrn und im eigenen Namen angeschafft hat, und spricht nur bei den ersteren dem Geschäftsherrn mittelbaren Besitz zu, während bezüglich der letzteren der negotiorum gestor vom Geschäftsherrn nicht das Recht zum Besitze ableite.

Der Unterschied ist u. E. ein anderer und darin zu suchen, ob der negotiorum gestor an einem Vermögensstück des Geschäftsherrn selbst Besitz ergriffen oder ob er aus dem Vermögen eines Dritten den unmittelbaren Besitz erworben hat. Im ersteren Fall, wenn z. B. A aus dem brennenden Hause des B Sachen rettet, ist A dem B gegenüber nicht allein wie ein Verwahrer zum Zeitbesitze verpflichtet, sondern vor allen Dingen besteht auch eine tatsächliche Beziehung des B zur Sache, im zweiten Falle fehlt aber gerade die letztere. Sie wird hergestellt durch die Genehmigung[3] des Geschäftsherrn (§ 177 BGB.) in

1) R.-Spr. d. OLG. B. 5 S. 284, Soergel 1902 § 854 Z. 3, ferner Ullmann S. 315 f. 2) § 868 N. 2 β. 7) Ebenso Biermann § 868 N. 6, Endemann S. 127, 163, Isay S. 279, Kniep S. 152, 231, Thoma S. 80.

der Form eines constitutum possessoriums und erst mit ihr gelangt sein mittelbarer Besitz zur Entstehung. Geht der Gegenstand der auftraglosen Geschäftsführung kraft gesetzlicher Vorschrift in das Eigentum des Geschäftsherrn über, so wird der mittelbare Besitz auch ohne Genehmigung begründet. So erwirbt der Verpächter[1] an den Inventarstücken, die der Grundstückspächter dem Inventar neu einverleibt, mit dem Eigentum (§ 588 Abs. 2 BGB.) ohne weiteres auch mittelbaren Besitz.

II. Kein gesetzlicher Vertreter, sondern ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ ist der **Konkursverwalter**. Er ist nach § 117 KO. verpflichtet, nach Eröffnung des Verfahrens das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners in Besitz zu nehmen. Vermöge seines Amtes steht er sowohl zum Gemeinschuldner wie zu den Konkursgläubigern in einem rechtlichen Verhältnisse, und es fragt sich daher, ob er nicht beiden mittelbaren Besitz vermittelt.

Enneccerus und Lehmann[2] sind der Ansicht, dass direkter Oberbesitzer die Gesamtheit der Konkursgläubiger, diese aber wieder Unterbesitzer des Gemeinschuldners sei, der also die Stellung eines entfernteren Oberbesitzers

1) nicht auch der Vermieter an den Illaten des Mieters, vgl. Soergel 1900 01 § 868 d, wohl aber der Niessbraucher an den neu angeschafften Niessbrauchgegenständen (§ 1048 BGB.).
2) S. 64. Cosack S. 66 d nennt ihn einen Besitzdiener, Dernburg S. 50, Neumann § 868 N. 3 b, v. Staudinger § 854 N. IV 3 bezeichnen ihn schlechthin als Besitzmittler, ohne anzugeben, wem er mittelbaren Besitz vermittelt; vgl. ferner Förtsch S. 549.

habe. Nach dieser Auffassung würden die Konkursgläubiger mittelbare Besitzer im Verhältnis zum Konkursverwalter sein und zugleich dem Gemeinschuldner mittelbaren Besitz vermitteln. Diese Doppelstellung als mittelbare Besitzer und Besitzmittler darf aber den Konkursgläubigern nicht zuerkannt werden, da zwischen ihnen und dem Gemeinschuldner kein Besitzmittlungsverhältnis gegeben ist und sie daher gemäss § 871 BGB. keine Besitzmittler des Gemeinschuldners sein können.

Als mittelbarer Besitzer kommt vielmehr allein der Gemeinschuldner in Betracht, dem nicht durch die Konkursgläubiger, sondern direkt durch den Konkursverwalter mittelbarer Besitz vermittelt wird. Allerdings ist sein mittelbarer Besitz nur ein bedingter. Denn mit der Eröffnung des Konkursverfahrens hat er jede Verfügung über die Masse verloren und entbehrt daher, solange das Verfahren schwebt, eines Herausgabeanspruchs. Falls aber der Konkurs durch Zwangsvergleich beendigt ist oder bei der Schlussverteilung noch Gegenstände übrig bleiben, erlangt er einen Anspruch auf Herausgabe seiner noch in den Händen des Konkursverwalters befindlichen Sachen und erwirbt nunmehr unbedingten mittelbaren Besitz.[1]

Den Konkursgläubigern wird dagegen durch den Besitz des Konkursverwalters kein mittelbarer Besitz zu teil, weil andernfalls die Konkursgläubiger gemäss § 869 BGB. berechtigt sein müssten, Klage zu erheben, wenn ein Dritter der Masse Besitz entziehen würde, dieses Recht aber allein dem Konkurs-

1) Ebenso Kniep S. 148; vgl. Biermann § 868 N. 4, Binder S. 55 ff., Planck § 868 N. 2 β.

verwalter zusteht. So erklärt denn auch Kniep,[1] dass die Stellung des Konkursverwalters eine viel zu selbständige sei, als dass den Gläubigern daneben mittelbarer Besitz eingeräumt werden könnte.

Gerade umgekehrt als die Besitzmittlerstellung des Konkursverwalters ist diejenige des **Gerichtsvollziehers.** Er vermittelt wohl dem Gläubiger,[2] für den er tätig geworden ist, nicht aber dem Schuldner, an dessen Sachen er nach §§ 808 Abs. 1, 883 CPO. Besitz ergriffen hat, mittelbaren Besitz. Denn nur der Gläubiger, nicht auch der Schuldner hat auf Grund der Pfändung gegen den Gerichtsvollzieher einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der gepfändeten Sachen.[3]

Kniep[4] spricht zwar auch dem Schuldner mittelbaren Besitz zu, weil ihm das Eigentum verbleibe, bedenkt dabei aber nicht, dass die rei vindicatio allein nicht genügt, den obligatorischen Anspruch aus dem Rechtsverhältnisse zu ersetzen.[5]

Nach Planck[6] vermittelt der Gläubiger seinerseits dem Schuldner mittelbaren Besitz, es fehlt jedoch, ebenso wie zwischen den Konkursgläubigern und dem Gemeinschuldner, auch hier das konkrete Verhältnis.

Lässt der Gerichtsvollzieher gemäss § 808 Abs. 2 CPO. Sachen unter Siegelverschluss oder sonstigen Pfand-

1) S. 149. 2) Dies ist der einzige Fall eines von vornherein mittelbar besitzenden Pfandgläubigers (§ 804 CPO.). - Nach Cosack S. 66 d ist der Gerichtsvollzieher nur Besitzdiener. 3) Zu dem gleichen Ergebnis gelangen Bartels S. 671 f., v. Staudinger § 868 N. III 2. 4) S. 143 ff., ebenso Neumann § 868 N. 3 b. 5) s. o. S. 28. 6) § 868 N. 2 a.

zeichen im Gewahrsam des Schuldners zurück, so wird nicht etwa, wie Fischer-Henle[1] und Planck[2] annehmen, auch der Gerichtsvollzieher mittelbarer Besitzer, sondern er ist unmittelbarer Besitzer, weil nur er, nicht auch der Schuldner, die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft über die Sache hat;[3] der Schuldner könnte in diesem Falle nur als Besitzdiener des Gerichtsvollziehers in Betracht kommen.

Unter die Besitzmittler, die vermöge amtlicher Tätigkeit, bezw. gerichtlicher Anordnung als Zeitbesitzer anderen mittelbaren Besitz vermitteln, sind ferner zu zählen:[4] der nach Massgabe des § 1052 BGB. **gerichtlich bestellte Verwalter** gegenüber dem Niessbraucher, der **Sequester** (§§ 432, 1217, 1281, 2039 BGB., §§ 848, 855, 938 CPO., § 152 ZVG.) gegenüber der siegenden Sequestrationspartei, der **Nachlasspfleger** (§ 1960 BGB.), **Nachlassverwalter** (§ 1985 BGB.) und **Testamentsvollstrecker** (§ 2205 BGB.) gegenüber dem Erben.

III. Weder vermöge eines Vertretungsverhältnisses noch auf Grund eines Amtes, sondern unmittelbar infolge einer aus dem Gesetz entspringenden Befugnis[5] ist zur Inbesitznahme des eingebrachten Gutes der Ehefrau der **Ehemann** berechtigt (§ 1373 BGB.). Nach Beendigung der ehemännlichen Nutzniessung und Verwaltung hat die Frau

1) § 868 N. 2. 2) § 868 N. 2 $\alpha$, vgl. Dernburg S. 65. 3) Vgl. R.-Spr. d. OLG. B. 2 S. 267, Riedinger S. 55 ff., Soergel 1900, 01 § 868 c. 4) s. Biermann § 868 N. 2, Dernburg S. 50, Kniep S. 146 f., 155, Planck § 868 N. 2 $\alpha\beta$, Strohal S. 21, v. Staudinger § 854 N. IV 3; Cosack S. 66 d bzgl. des Sequesters Besitzdiener. Vgl. ferner Förtsch S. 549 5) Hinsichtlich des Vorbehaltsguts ist die Ehefrau ausschliessliche Besitzerin. An diesem kann sie mittelbaren Besitz nur durch Besitzüberlassung oder constitutum posessorium erhalten.

einen Anspruch auf Herausgabe der eingebrachten Sachen und insofern ist der Besitz des Ehemanns ein nur auf Zeit, auf die Dauer der Ehe beschränkter. Aber trotzdem soll nach Ansicht Ullmanns[1] und Endemanns[2] der Ehemann Alleinbesitzer sein und seiner Ehefrau keinen mittelbaren Besitz vermitteln.

Ullmann geht davon aus, dass ein etwaiger mittelbarer Besitz der Ehefrau überhaupt ohne Bedeutung sei, da sie den Anspruch aus § 869 BGB. gemäss § 1400 Abs. 2 BGB. nur mit Zustimmung ihres Ehemannes geltend machen könne. Entscheidend sei aber, dass es sich in allen Fällen mittelbaren Besitzes um rechtsgeschäftliche Begründung des Verhältnisses handeln müsse. Im Falle des § 1373 BGB. beruhe jedoch die Berechtigung des Ehemannes zum Besitze auf einem durch Gesetz begründeten Schuldverhältnisse, das niemals zur Entstehung mittelbaren Besitzes führen könne.

Es ist allerdings unbestreitbar, dass die Ehefrau zur selbständigen klageweisen Durchführung des Besitzschutzes aus § 869 BGB. der Aktivlegitimation nach § 1400 Abs. 2 BGB. entbehrt. Diese mangelnde Befähigung zur eigenen Klageerhebung schwächt ja in gewissem Sinne die Bedeutung des mittelbaren Besitzes der Ehefrau ab, vermag ihr aber keineswegs den mittelbaren Besitz zu entziehen. Denn es ist ein Unterschied, nur mit Zustimmung eines andern oder überhaupt nicht klagen zu können. Und verhält es sich mit der Ehefrau etwa anders als mit dem Kinde, Mündel oder Pflegling, denen

1) S. 306 ff. 2) S. 731 A 12, ebenso Enneccerus-Lehmann S. 456.

regelmässig auch ein eigenes Klagerecht versagt ist und die trotzdem als mittelbare Besitzer gelten?

Die Auffassung, dass nur auf rechtsgeschäftlichem Wege das dem mittelbaren Besitz zu Grunde liegende Verhältnis geschaffen werden könne, erscheint schon nach den vorausgehenden Erörterungen, die zeigten, dass auch das Vorliegen eines gesetzlichen Vertretungs- oder eines auf amtlicher Tätigkeit beruhenden Verhältnisses die Begründung mittelbaren Besitzes herbeiführen kann, als widerlegt.[1] Ullmann räumt aber auch selbst ein, dass ein Nachlasspfleger, Nachlassverwalter oder Testamentsvollstrecker mittelbaren Besitz vermittele. Doch seien dies nur „scheinbare" Ausnahmefälle, in denen die vertragliche Besitzüberlassung in einem Akt der Staatsgewalt Ersatz finde. Nur das unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift geschaffene Verhältnis will er als für die Besitzvermittlung geeignet nicht gelten lassen. Dies ist jedoch unbegründet. Denn „als Pfandgläubiger" besitzt auch der Vermieter, der in Ausübung seines gesetzlichen Pfandrechts (§§ 559 ff. BGB.) die eingebrachten Sachen des Mieters in Besitz nimmt, der Gastwirt, der nach § 704 BGB. an den eingebrachten Sachen des Gastes Besitz ergreift. Die gesetzlichen Pfandrechte sind sehr zahlreich[2] ausgebildet und kennzeichnen sich sämtlich als Besitzmittlungsverhältnisse.[3] Ausserdem bildet aber auch das Zurückbehaltungsrecht, das sich

1) Vgl. auch o. S. 22 f. 2) Vgl. ferner dasjenige des Pächters (§ 590 BGB.), Verpächters (§§ 581, 585 BGB.), des Unternehmers (§ 647 BGB); ausserdem aus dem Handelsrecht: des Frachtführers, Verfrachters, Kommissionärs, Spediteurs und Lagerhalters. 3) Ebenso v. Staudinger § 868 N. II 3 c.

ebenso wie das Pfandrecht sowohl auf Rechtsgeschäft wie auf Rechtssatz[1] stützen kann, ein den mittelbaren Besitz begründendes Verhältnis.[2]

Endemann beruft sich zum Teil auch auf die Unzulässigkeit nichtrechtsgeschäftlicher Begründung des Verhältnisses. Denn der Ehemann stehe nicht in einem rechtsgeschäftlichen Abhängigkeitsverhältnisse zur Ehefrau, wonach er diese als Oberbesitzerin anerkennen müsste. Eine solche Annahme würde der familienrechtlichen Stellung des Ehemanns widersprechen und eine Quelle unliebsamer Konflikte bilden. Er halte vielmehr den Besitz aus eigenem Rechte inne (§ 1380 BGB.). Auch gelte für den Mann § 1362 Abs. 1 BGB. und nicht § 1006 Abs. 3 BGB. für die Frau.

Wenn der Ehemann auch nach § 1380 BGB. die zum eingebrachten Gut gehörenden Rechte in eigenem Namen gerichtlich geltend machen kann, so ist er deshalb doch noch kein Eigenbesitzer, wie es Endemann[3] als zweifelhaft hinstellt. Denn der Eigenbesitz erfordert den animus rem sibi habendi[4] und diesen Willen hat der Ehemann in Rücksicht auf das eingebrachte Gut nicht. Aber selbst angenommen, er hätte ihn, so würde das seiner Besitzmittlerstellung nicht hinderlich sein, da ja doch auch der Eigenbesitzer Besitzmittler sein kann.[5] Ebensowenig ist die Existenz mittelbaren Besitzes von der Anerkennung des mittelbaren Besitzers

1) z. B. § 273 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit §§ 292, 304, 509, 601, 850 BGB. Es verwandelt sich hier schon vorhandener unmittelbarer Besitz in vermittelnden unmittelbaren Besitz. 2) nach Kniep S. 162 ff. nur, wenn es auf Rechtsgeschäft, nicht auch, wenn es auf Gesetz beruht. 3) S. 123 A. 14. 4) Endemann S 120. 5) s. o. S. 15 u. Endemann selbst S 127 A. 9.

als Oberbesitzers abhängig.[1] Tatsächlich erkennt aber auch der Ehemann, indem er das eingebrachte Gut redlicher Weise nicht als sich gehörig, sondern im Rahmen seines Verwaltungs- und Nutzungsrechts besitzt, die Besitzherrschaft seiner Ehefrau an. Die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB. steht nicht im Widerspruch mit derjenigen aus § 1362 Abs. 1 BGB., sondern enthält bloss eine Einschränkung der letzteren. Nur zu Gunsten der Gläubiger des Mannes soll der Ehemann als Eigentümer gelten, im übrigen streitet aber die Vermutung für die Frau. Andernfalls würde ja auch die alte praesumtio Muciana, obwohl man sie zu Gunsten der Gläubiger der Frau und zu Gunsten des Ehemannes zu beseitigen suchte, dennoch auf Umwegen in ihrer früheren unbeschränkten Bedeutung ins BGB. hinübergerettet sein.

Vor allen Dingen sprechen aber für die Besitzvermittlung durch den Ehemann zwei gewichtige Gründe, die sowohl Ullmann wie Endemann übersehen haben.

Zunächst wäre die Konsequenz der Aberkennung des mittelbaren Besitzes der Ehefrau die Unmöglichkeit einer Ersitzung an den zum eingebrachten Gut gehörenden Sachen, sowohl durch die Ehefrau selbst wie auch durch ihren Ehemann. Da nämlich die Ehefrau mit der Besitzergreifung des eingebrachten Guts durch ihren Ehemann nach Ansicht der Gegner jeden Besitzes verlustig gegangen ist, so würde für sie nach § 940 BGB. eine Unterbrechung der Ersitzung eintreten. Der Ehemann könnte aber auch nicht für sie die begonnene Ersitzung fortsetzen, weil er als

1) vgl. o. S. 40 und u. § 16 b.

Alleinbesitzer kein Vertreter im Besitze ist, und selbst nicht ersitzen, weil ihm der redliche Eigenbesitz fehlt.

Sodann würde der rei vindicatio gegenüber, die gegen den Besitzer zu richten ist (§ 985 BGB.), die Ehefrau, soweit das eingebrachte Gut in Frage kommt, nicht als die richtige Beklagte erscheinen. Denn bei Alleinbesitz des Mannes könnte sie nicht passiv legitimiert sein, ein Ergebnis, das mit § 739 CPO. im Widerspruch steht. Die Verurteilung der Ehefrau zur Leistung ist nach jener Bestimmung eine Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut. Würde aber der Vindikant nur gegen den Mann als ausschliesslichen Besitzer klagen können, so wäre trotz des gegen ihn erwirkten Urteils die Vollstreckungsmöglichkeit ins eingebrachte Gut ausgeschlossen.

Diese beiden sich aus dem Alleinbesitz des Ehemanns ergebenden Folgerungen genügen schon, um den mittelbaren Besitz der Ehefrau zu rechtfertigen. Das Verhältnis ist überdies dem des Niessbrauchers so ähnlich, dass es nur im Sinne des Gesetzes liegen kann, auch der Ehefrau mittelbaren Besitz zuzusprechen.[1]

## § 11.

Eine der lebhaftesten Kontroversen auf dem Gebiete des mittelbaren Besitzes ist die Frage, ob der Finder durch Inbesitznahme einer verlorenen Sache einem anderen mittelbaren Besitz vermittelt.

1) Vgl. Örtmann S. 214 ff., ebenso Bartels S. 654, Biermann § 868 N. 1 u. 4, Cosack S. 475, Fischer-Henle § 868 N. 2, Kniep S. 114, Matthiass S. 261, Neumann § 1373 N. 2, Planck §§ 868 N. 2 b, 1373 N. 2, Strohal S. 21, Thiesing S. 243, v. Staudinger §§ 854 N. IV 3, 1373 N. 4.

Sie wird fast allgemein bejaht,[1] wenn der Finder als Beauftragter oder gesetzlicher Vertreter an der verlorenen Sache Besitz ergreift. Dann verschafft er demjenigen, für welchen er handelt, nicht sowohl durch die Tatsache des Findens als vielmehr kraft Stellvertretung nach den oben entwickelten Grundsätzen mittelbaren Besitz. Ob aber auch der Finder, der zufällig einen verlorenen Gegenstand entdeckt und an sich nimmt, Besitzvermittler sei, ist überaus streitig.

Die Streitfrage findet ihren Ausgangspunkt bei Wendt,[2] der in seinem Aufsatz über den mittelbaren Besitz des BGB. dem Verlierer mittelbaren Besitz zuerkennt, — und zwar, wie wir schon hier betonen möchten, u. E. mit vollem Recht — weil der Finder nach § 966 BGB. zur Verwahrung der Sache verpflichtet und daher gleich dem Verwahrer Besitzmittler sei. „Neben dem Besitze des Finders steht also der mittelbare Besitz des Verlierers; das Abhandenkommen einer Sache hebt zwar nach § 856 den bisherigen Besitz auf, das Finden stellt denselben aber in gewissem Sinne wieder her, wenn schon nur als mittelbaren Besitz, getragen durch den Besitz des Finders."

Der Auffassung Wendts haben sich uneingeschränkt Bartels,[3] Dernburg,[4] Heinrichs,[5] Klein[6] und Örtmann[7] angeschlossen.

Nur unter gewissen Voraussetzungen sprechen Bartels, Bekker, Kniep, v. Staudinger und Weidemann dem Verlierer mittelbaren

---

1) z. B. Franke S. 30, Leonhard S. 71, Matthiass S. 8 A. 3, Planck § 868 N. 2 ß, Strohal S. 24. 2) S. 62. 3) S. 659. 4) S. 64 f. 5) S. 55 f. 6) S. 65 ff. 7) S. 223 f.

Besitz zu. Bekker[1] verlangt, dass der Finder ehrlich sei, Kniep,[2] v. Staudinger[3] und Weidemann[4] ausserdem, dass der Empfangsberechtigte ermittelt werde, Bartel[5] neben der Redlichkeit und Kenntnis des Finders vom Verlierer noch die Kenntnis des Verlierers vom Finder.

Schlechthin verneint wird die Frage von Biermann,[6] Endemann,[7] Fischer-Henle,[8] Franke,[9] Gärtner,[10] Gierke,[11] Isay,[12] Leonhard,[13] Matthiass,[14] Planck,[15] Strohal[16] und Thiesing.[17] So erklärt Strohal: Wenn der Finder zum Verlierer in keinem Vertretungsverhältnisse stehe, so erwerbe er lediglich für sich, und selbst die Absicht, den Verlierer zum mittelbaren Besitzer zu machen, könne dessen mittelbaren Besitz nicht begründen, da bei einem einseitigen Rechtsgeschäft — hier die Herstellung eines dem § 868 BGB. entsprechenden Verhältnisses — Vertretung ohne Vertretungsmacht nach § 180 BGB. ausgeschlossen sei.

Ferner sei aber auch im Falle des Fundes keine Rede davon, dass der Finder den Besitz vom Verlierer ableite oder dass er ihm anvertraut[18] sei. „In dem Zeitpunkt, in welchem der Finder sich entschliesst, die einem andern verloren gegangene Sache in Besitz zu nehmen, steht sie in niemandes Besitz, und der vom Finder erworbene Besitz kann daher auch

1) S. 41. 2) S. 84, 153. 3) § 868 N. III 2. 4) S. 19. 5) S. 14. 6) § 868 N. 2 c. 7) 126 f. 8) § 868 N. 2. 9) S. 29 f. 10) S. 147. 11) S. 7, 24. 12) S. 278. 13) S. 72. 14) S. 8. 15) § 868 N. 2 β. 16) S. 22 ff. 17) S. 247. 18) Ebenso Franke, Matthiass, v. Staudinger a. a. O.

nicht als ein ihm vom Verlierer anvertrauter, von diesem abgeleiteter betrachtet werden ... Der Besitz des Finders schafft dem Verlierer keineswegs den Besitz der verlorenen Sache."

Zu dem gleichen Resultat gelangt Gierke, weil dem Verlierer die tatsächliche Sachherrschaft über die gefunde Sache fehle und weil es nicht abzusehen sei, weshalb man denn nicht auch durch den Dieb besitze.[1]

Leonhard tritt der Ansicht Wendts mit grosser Entschiedenheit entgegen. „Es bedarf nur eines Blickes in den § 966", so führt er aus, „der die einzige Grundlage der gegnerischen Beweisführung bildet. Hier heisst es: der Finder ist zur Verwahrung verpflichtet. Dass er zum Besitze verpflichtet sei, wie es § 868 erfordert, ist damit durchaus nicht gesagt. Vielmehr braucht sich der Finder seiner Verwahrungspflicht keineswegs durch Besitzen zu entledigen, er kann die Sache weitergeben, — was bei der eigentlichen Verwahrung im Zweifel ausgeschlossen ist — verstecken oder auch an die Polizei abliefern. Er ist also nicht zum Besitze verpflichtet".[2]

Nach Planck und Biermann soll der Finder deswegen keinen mittelbaren Besitz vermitteln, weil er das Recht zum Besitze nicht vom Verlierer, sondern aus der Tatsache des Fundes herleite. Überdies spreche, wie Planck weiter vorbringt, gegen die Besitzvermittlung des Finders die Bestimmung des § 940 Abs. 2 BGB., nach welcher die unfreiwillige Unterbrechung der Ersitzung als nicht erfolgt gilt, wenn der Verlierer den Eigenbesitz binnen Jahresfrist wiedererlangt hat. Denn

1) Dsgl. Kniep S. 153. 2) Ebenso Franke, v. Staudinger a. a. O.

mit der Zuerkennung mittelbaren Besitzes des Verlierers im Augenblick der Besitzergreifung durch den Finder würde die Voraussetzung des § 940 Abs. 2 schon dann vorliegen, wenn die Sache innerhalb eines Jahres in den Besitz eines redlichen Finders gelange, eine Folgerung, die dem Sinne jener Gesetzesvorschrift gewiss nicht entsprechen würde.

Endemann, der ja, wie schon mehrfach hervorgehoben, jeden originären mittelbaren Besitzerwerb durch eine Handlung des Mittlers verneint, behauptet, es fehle die erforderliche rechtliche Verbindung, wonach der Verlierer seinen Besitz sich durch das von ihm mit dem unmittelbaren Besitzer vereinbarte rechtliche Verpflichtungsverhältnis erhalten habe.

Thiesing endlich schliesst sich Strohal insofern an, als auch er in dem Finder aus dem Grunde keinen Besitzmittler erblickt, weil er seinen Besitz nicht vom Verlierer ableite. Er knüpft daran die Frage, wer denn überhaupt mittelbarer Besitzer sei, der Verlierer, der Eigentümer oder sämtliche Empfangsberechtigte?[1]

Hierauf ist zunächst zu erwidern, dass dem Finder derjenige als mittelbarer Besitzer gegenübersteht, der sich als zum Empfange berechtigt auszuweisen[2] vermag, also unter Umständen sowohl der Eigentümer wie der Verlierer oder ein sonstiger Dritter.

1) Ebenso Fischer-Henle a. a. O.: weil er für keine bestimmte Person besitze. 2) Dass der Empfangsberechtigte ein Recht an der Sache tatsächlich hat, ist nicht notwendig; denn auch der Dieb ist Empfangsberechtigter, wenn er Verlierer ist (vgl. Biermann § 969), und kann sich legitimieren. Nur dem Besitzdiener, der eine seinem Herrn gehörige Sache verloren hat, wird, obwohl er an sich empfangsberechtigt ist, kein mittelbarer Besitz zu teil, mittelbarer Besitzer wird vielmehr sein Herr.

Es ist keineswegs eine auffallende Erscheinung, dass der Besitzmittler mehrere mittelbare Besitzer neben sich hat. Man denke nur an den Fall des § 871 BGB., nach welchem ein unmittelbarer Besitzer einer ganzen Reihe von Personen mittelbaren Besitz vermitteln kann, oder an den Schiffer, dem möglicherweise der Ablader, der im Konnossement bezeichnete Empfänger und, wenn das Konnossement an Order lautet, jeder legitimierte Rechtsnachfolger als mittelbare Besitzer zur Seite stehen. Mit der Ablieferung der Sache an einen der Empfangsberechtigten erlischt natürlich auch der mittelbare Besitz der übrigen.

Ob der Finder den Empfangsberechtigten kennt oder umgekehrt der Empfangsberechtigte den Finder, ist ohne Bedeutung für die Frage des mittelbaren Besitzerwerbs. Denn auch incertae personae können mittelbare Besitzer oder Mittler sein. Es mag gleichfalls an das vorerwähnte Beispiel erinnert werden. Der Schiffer vermittelt den genannten Personen mittelbaren Besitz, ohne dass er von dem Wechsel der Konnossementsinhaber oder der jeweilige Konnossementsbesitzer von ihm etwas zu erfahren braucht. Der Cessionar, dem der Anspruch auf Herausgabe abgetreten ist, erlangt mittelbaren Besitz, obwohl der unmittelbare Besitzer von der Cession nichts weiss. Auch der Säugling, der noch kein Unterscheidungsvermögen hat, ist mittelbarer Besitzer derjenigen Sachen, die der Vater für ihn verwahrt. Kniep,[1] der beim Finder die Kenntnis verlangt, bezeichnet den Nachlasspfleger als Mittler desjenigen, „von dem sich herausstellt, dass

1) S. 147.

er Erbe wird". Weshalb soll denn nicht der Finder demjenigen mittelbaren Besitz vermitteln, der sich später als der Empfangsberechtigte ausweist?

Überhaupt muss, wie Leonhard mit Recht bemerkt, auch beim Funde die Frage nach dem mittelbaren Besitz ohne Rücksicht auf das subjektive Moment bejaht oder verneint werden. Wenn Strohal sich äussert, dass der Finder, der in keinem Vertretungsverhältnis zum Verlierer stehe, lediglich für sich erwerbe, so ist das nicht richtig. Der redliche Finder ist bestimmt kein Eigenbesitzer. Aber der Unterschied zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit des Finders ist überhaupt belanglos. Die Beweisführung Gierkes: „Auch der mittelbare Besitz des Verpfänders, Hinterlegers etc. wird durch den Fortbestand der rechtlichen Verpflichtung zur Rückgabe nicht erhalten, wenn der unmittelbare Besitzer tatsächlich den Besitzherrn seiner Besitzherrschaft entsetzt, sich erfolgreich den Besitz angemasst oder Besitz ohne Vorbehalt des mittelbaren Besitzes übertragen hat", ist nicht schlüssig. Nur im letzteren Fall, der aber mit dem bösgläubigen Finder, welcher die gefundene Sache selbst behält, nichts gemein hat, tritt der Verlust des mittelbaren Besitzes ein, weil der nunmehrige Inhaber in keinem Besitzmittlungsverhältnis zum mittelbaren Besitzer steht. Übergibt der Finder die Fundsache ohne Vorbehalt des mittelbaren Besitzes einem andern, so wird, wie in allen anderen Fällen, auch der mittelbare Besitz des Empfangsberechtigten zu Grunde gehen.

Das aber von Gierke zum Vergleiche herangezogene Beispiel der Entsetzung des Verpfänders oder Hinterlegers und vollends der Vergleich des unredlichen

Finders mit dem Dieb sind nicht geeignet, seine Ansicht zu rechtfertigen. Denn einmal kommt ja auf die Anerkennung der Besitzherrschaft des mittelbaren Besitzers durch den Mittler nichts an,[1] sodann steht der bösgläubige Finder, ebensowenig wie er ein Dieb ist, in Bezug auf die Besitzvermittlung dem Diebe gleich. Zwischen dem Dieb und dem Bestohlenen ist kein Besitzmittlungsverhältnis gegeben, weil er nicht auf Grund eines konkreten Rechtsverhältnisses besitzt, sondern sich eigenmächtig in den Besitz der Sache gesetzt hat. Zwischen dem Finder und dem Empfangsberechtigten besteht aber vom Augenblick der Besitzergreifung, also von dem Zeitpunkt an, in dem der Finder als solcher in die Erscheinung tritt, ein konkretes Rechtsverhältnis in Gestalt eines legalen Schuldverhältnisses (§ 966 BGB.). Die unredliche Absicht geht der Gewahrsamsbegründung nicht, wie beim Diebstahl, zeitlich voraus, sondern folgt ihr, auch wenn die Fundsache in Aneignungsabsicht aufgenommen wird, zeitlich nach[2] und kann daher an dem Dasein des Besitzmittlungsverhältnisses und damit des mittelbaren Besitzes des Empfangsberechtigten nichts ändern.

Der von Strohal angeführte weitere Grund der Unzulässigkeit der Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist auf allseitigen Widerspruch gestossen.[3] Das Verwahrungsverhältnis wird ja unmittelbar durch

1) s. o. S. 40 u. § 16 b. 2) Vgl. v. Liszt: Lehrbuch d. Strafrechts 1900 S. 431 A. 1. Lediglich mit Rücksicht hierauf macht sich ja auch der unredliche Finder nicht des Diebstahls, sondern der Unterschlagung schuldig. 3) Vgl. Endemann S. 126 A. 7, Klein S. 67, Kniep S. 154, Leonhard S. 72, Weidemann S. 19.

das Gesetz geschaffen und es kann deshalb auch dessen Begründung nicht nach den für Rechtsgeschäfte aufgestellten Grundsätzen beurteilt werden.

Ebensowenig kann aus dem Mangel des Anvertrauens, des Besitzableitens, der tatsächlichen Sachherrschaft und des rechtsgeschäftlichen Besitzerwerbs ein beweiskräftiger Schluss gezogen werden, da in jenen Merkmalen keine Essentialien des mittelbaren Besitzes zu suchen sind. Es genügt, in dieser Hinsicht auf die früheren Ausführungen[1] hinzuweisen.

Einer eingehenderen Würdigung bedürfen nur noch die von Planck und Leonhard vertretenen Ansichten.

Dass die Annahme mittelbaren Besitzes des Verlierers im Widerspruch mit der Vorschrift des § 940 Abs. 2 BGB. stehe, will uns nicht einleuchten. Wenn Planck[2] meint, dass im Sinne der Vorschriften, die an den Besitz rechtliche Folgen knüpfen, grundsätzlich auch der mittelbare Besitz verstanden werden müsse, so ist nicht einzusehen, weshalb denn gerade bei § 940 Abs. 2 eine Ausnahme Platz greifen soll. Nach der überwiegenden Auffasung der Schriftsteller, auch nach Plancks eigener Anschauung, genügt zur Ersitzung mittelbarer Eigenbesitz. Im Falle unfreiwilligen Verlustes des Eigenbesitzes aber soll der Wiedergewinn mittelbaren Eigenbesitzes zur rückwirkenden Aufhebung der Unterbrechung nicht ausreichen? Rechnet man dort dem in der Ersitzungslage befindlichen Eigentümer mittelbaren Besitz zu gute, so kann dies auch hier nur im Sinne des Gesetzes liegen.

1) s. S. 17, 22 f., 33 ff. 2) § 868 N. 1.

Viel bedeutungsvoller erscheint uns der andere von Planck angeführte und neuerdings auch von anderen Kommentatoren[1] angenommene Grund, der Finder leite vom Verlierer nicht sein Recht zum Besitze ab.

Zunächst mag hervorgehoben werden, dass sich Planck selbst in Widerspruch setzt, wenn er dem negotiorum gestor, der im Namen des Geschäftsherrn handelt, vermittelnden Besitz zuspricht, weil jener sein Recht zum Besitze vom Geschäftsherrn ableite, dem redlichen Finder aber, der immerhin ein Geschäftsführer ohne Auftrag ist, die Besitzmittlerstellung aberkennt. Die Betonung dieses Widerspruchs hat auch Biermann[2] nicht unerwähnt gelassen.

Aber auch sachlich kann die von Planck herangezogene Begründung keinen Anspruch auf Anerkennung erheben. Denn primär hat der Finder überhaupt kein Recht zum Besitze, da er nach § 967 BGB. jederzeit auf Anordnung der Polizeibehörde die Sache abliefern muss. Primär ist der Finder zum Besitze verpflichtet, woraus sich nur sekundär ein Recht zum Besitze ergibt. Diese Pflicht zum Besitze leitet er aber unbestreitbar auf Grund des gesetzlichen Verwahrungsverhältnisses vom Verlierer oder sonstigen Empfangsberechtigen ab und zwar in gleicher Weise, ob er nun ehrlich oder unehrlich ist. Denn die Unehrlichkeit beseitigt nicht, wie bereits hervorgehoben, das mit der Besitzergreifung entstandene Schuldverhältnis und enthebt ihn nicht der Pflicht zur Verwahrung.

---

1) z. B. Biermann § 868 N. 2c. 2) § 868 N. 6.

Nun behauptet zwar Leonhard, es bedürfe nur eines Blickes in den §966 BGB., um zu erkennen, dass der Finder — seiner Verwahrungspflicht ungeachtet — zum Besitze überhaupt nicht verpflichtet sei. Auch Planck[1] warf einen Blick in jenen Paragraphen und pflichtete daraufhin Leonhard bei. „Der Finder vermittelt dem Verlierer nicht mittelbaren Besitz; denn er ist ihm gegenüber nicht zum Besitze verpflichtet, da er nach § 967 den Besitz jederzeit der Polizeibehörde überlassen kann". Nachdem aber Planck einen zweiten Blick in den fraglichen Paragraphen geworfen hatte, liess er jene Begründung fallen und bekannte sich zu der zweifellos richtigen, gerade entgegengesetzten Anschauung: „Obwohl der Finder zur Verwahrung und also auf Zeit zum Besitze verpflichtet ist . . ."

Jede Verpflichtung zur Verwahrung erzeugt auch eine Pflicht zum Besitze. Das ist selbstverständlich beim Normalfall der Verwahrung; denn im Zweifel hat der Depositar die Sache in persona aufzubewahren (§ 691 BGB.). Aber wenn er ermächtigt ist, die Sache bei einem andern zu hinterlegen, sollte er etwa, wenn er von der Ermächtigung keinen Gebrauch macht, dem Hinterleger keinen mittelbaren Besitz vermitteln, weil er jederzeit die Sache zur Verwahrung weitergeben könnte und deshalb nicht zum Besitz verpflichtet wäre? Doch offenbar, da das Gesetz den Verwahrer ohne Ausnahme als Besitzmittler ausdrücklich anerkennt. Auch der Verwahrer, der trotz der Befugnis, die Sache anderweitig zu hinterlegen, sie in seiner persönlichen

1) 2. Aufl. § 868 N. 2γ.

Obhut behält, ist zum Besitze verpflichtet, d. h. er darf die Sache nicht auf andere Weise als durch Afterhinterlegung aus seiner Gewalt bringen, sei es nun, dass er sie verleiht, veräussert, verbraucht oder gar wegwirft. Nur in diesem Sinne darf die dem Verwahrer auferlegte Verpflichtung zum Besitze verstanden werden.

Genau so steht es mit dem Finder. Während dem Verwahrer ex contractu gestattet ist, die Sache einem Dritten zur Verwahrung auszuhändigen, ist dem Finder ex lege das Recht erteilt, sie der Polizeibehörde auszuliefern. Tut er dies nicht, so ist auch er zum Besitze verpflichtet, da er sich der Herrschaft über die Sache nicht entledigen darf. Der Finder hat, solange er selbst den Besitz über den Fundgegenstand ausübt, eine einem Verwahrer analoge Stellung, der zwar ermächtigt ist, die Sache zur Aufbewahrung weiterzugeben, sie aber gleichwohl in eigenem Gewahrsam zurückbehält. Wie bei diesem, so auch bei jenem ein unmittelbarer Besitz, ein konkretes Rechtsverhältnis, eine Pflicht und ein Herleiten der Pflicht zum Besitze auf Zeit von dem Empfangsberechtigten, ein obligatorischer Herausgabeanspruch, kurz alle Voraussetzungen, deren Vorhandensein für die Existenz mittelbaren Besitzes wesentlich sind. Es ist deshalb nicht abzusehen, weshalb nicht auch der Finder zu den Besitzmittlern gerechnet werden soll.

Das gilt nicht bloss für den gewöhnlichen, sondern auch für den **Schatzfinder**. Nach § 984 BGB. wird der Entdecker, der den Schatz in Besitz genommen, zur Hälfte Eigentümer, zur anderen Hälfte fällt das Eigentum dem Sacheigentümer zu. Der Entdecker ist daher

auch nur zur Hälfte zum Dauerbesitz berechtigt, während er im übrigen dem Eigentümer der bergenden Sache gegenüber zur Verwahrung und mithin zum Besitze auf Zeit verpflichtet ist. Denn es darf wohl angenommen werden, dass die allgemeinen Vorschriften über den Fund in entsprechender Weise auch auf den Schatzfund angewendet werden müssen. Der Sacheigentümer hat demnach mit der Besitzergreifung durch den Entdecker ausser einem dinglichen noch einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe und mit ihm mittelbaren Besitz gewonnen.[1]

## II. Der Verlust des mittelbaren Besitzes.

Es ist von der Tatsache auszugehen, dass mittelbarer ohne unmittelbaren Besitz ein Unding ist. Der unmittelbare Besitz ist dem mittelbaren gerade so wesentlich wie der mittelbare selbst. Der mittelbare Besitz wird durch den unmittelbaren getragen. Der unmittelbare Besitz bildet das Fundament, auf dem das Gebäude des mittelbaren Besitzes ruht. Stürzt der unmittelbare Besitz zusammen, so geht auch der mittelbare Besitz in Trümmern.

Umgekehrt ist aber der unmittelbare Besitz nicht durch das Bestehen des mittelbaren Besitzes bedingt. Denn der unmittelbare Besitz ist an die tatsächliche Gewalt geknüpft, der mittelbare nicht. Der unmittelbare Besitz existiert weiter, obwohl der mittelbare erloschen ist. Der Verlust des mittelbaren Be-

1) Ebenso Klein S. 67, Kniep S. 153, Wendt S. 62; a. M. Endemann S. 127, Gierke Fahrn. S. 7, Strohal S. 24.

sitzes kann daher den Verlust des unmittelbaren nicht nach sich ziehen.

Aus diesem Verhältnisse des mittelbaren Besitzes zum unmittelbaren Besitze ergibt sich, dass der Verlust des mittelbaren Besitzes in doppelter Weise in die Erscheinung treten kann: entweder durch den Verlust des unmittelbaren Besitzes oder bei Fortdauer desselben.

### 1. Der Verlust des mittelbaren Besitzes tritt durch den Verlust des unmittelbaren Besitzes ein, von dessen Existenz er abhängt.

Der Verlust des unmittelbaren Besitzes vermag nur dann auf den mittelbaren Besitz einen Einfluss auszuüben, wenn er ein dauernder ist. Denn das BGB. bestimmt im § 856 Abs. 2: „Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt.“ Kann z. B. der Mieter das Haus nicht betreten, weil infolge eines Wolkenbruchs die Strasse überschwemmt ist, so geht der mittelbare Besitz des Vermieters ebensowenig unter wie der unmittelbare des Mieters. Ein seiner Natur nach nur vorübergehender Verlust des unmittelbaren Besitzes beendigt also den mittelbaren Besitz nicht.

Wann der Verlust des unmittelbaren Besitzes eintritt, ist im § 856 Abs. 1 BGB. normiert: „Der Besitz wird dadurch beendigt, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert.“ Daraus folgt, dass sich der Verlust des unmittelbaren Besitzes sowohl freiwillig, d. h. mit dem Willen des unmittelbaren Besitzers, wie unfreiwillig,

d. h. ohne oder gegen seinen Willen vollziehen kann. Freiwillig geschieht er durch Besitzaufgabe. Wie wirkt diese auf den mittelbaren Besitz ein?

§ 12.

Zunächst mag betont werden, dass dem BGB. eine **Aufgabe** des unmittelbaren Besitzes solo animo unbekannt ist. Der mittelbare Besitzer kann also unbesorgt sein, wenn der unmittelbare Besitzer bloss die Absicht, den Willen hat, den unmittelbaren Besitz aufzugeben. Vielleicht ist dem Pfandgläubiger der verpfändete Gegenstand lästig, er hat den Wunsch, seiner ledig zu sein, dem Verpfänder wird das nichts schaden. Solange der unmittelbare Besitzer noch in einem körperlichen Verhältnis zur Sache steht, ist sein Wille belanglos. Ebensowenig genügt die blosse Willenserklärung, die Sache nicht mehr haben zu wollen, zur Aufgabe des unmittelbaren Besitzes, wenn die Sachherrschaft noch andauert.

Bei der Frage, welchen Einfluss die Aufgabe des unmittelbaren Besitzes auf den mittelbaren Besitz hat, kann es sich vielmehr nur darum handeln, ob die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt, des corpus, eine Wirkung ausübt. Diese kann in folgender Weise den Untergang des mittelbaren Besitzes herbeiführen:

1. Der unmittelbare Besitzer derelinquiert eine Sache; m. a. W. der unmittelbare Besitzer gibt die Sache in der Weise preis, dass weder der mittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt an der Sache erlangt noch ein Dritter als Besitzmittler an die Stelle des un-

mittelbaren Besitzers tritt. Der Entleiher eines Bootes lässt dasselbe z. B. auf dem Flusse forttreiben.

Dann geht in demselben Augenblick, wo der unmittelbare Besitzer sich von der Sache getrennt hat, der mittelbare Besitz unter, weil es an einem Besitzmittler mangelt, der zwischen dem mittelbaren Besitzer und der Sache stände. Die Sache selbst ist nicht eine res nullius geworden, wenn der unmittelbare Besitzer Nichteigentümer war, da das noch vorhandene Eigentum des mittelbaren Besitzers der Herrenlosigkeit entgegensteht, sie ist vielmehr in Rücksicht auf den mittelbaren Besitzer als eine verlorene Sache anzusehen. Es lebt daher der frühere mittelbare Besitz wieder auf, wenn irgend ein Dritter an der Sache als Finder Besitz ergreift.

2. Der unmittelbare Besitzer gibt seinen Besitz zu Gunsten des mittelbaren Besitzers, d. h. in der Art auf, dass der mittelbare Besitzer unmittelbarer Besitzer der Sache wird. Dann tritt der Verlust des mittelbaren Besitzes ein, weil er zum unmittelbaren Besitze konsolidiert.

Bei beweglichen Sachen geschieht dies regelmässig durch Tradition. Wenn der Entleiher dem Verleiher das entliehene Buch zurückgibt, so erlangt der Verleiher die frühere tatsächliche Sachherrschaft wieder. Er büsst den mittelbaren Besitz ein, indem er den unmittelbaren zurückgewinnt.

Aber auch ohne körperliche Übergabe kann diese Wirkung eintreten. Es genügt in vielen Fällen, insbesondere wenn es sich um Immobilien handelt, schon die vom mittelbaren Besitzer angenommene Erklärung des unmittelbaren Besitzers, dass er auf

weitere Ausübung der tatsächlichen Gewalt verzichte. Vorausgesetzt werden muss natürlich, dass eine körperliche Beziehung zwischen dem unmittelbaren Besitzer und der Sache nicht mehr besteht und der mittelbare Besitzer in der Lage ist, die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft über die Sache auszuüben (§ 854 Abs. 2 BGB.).

Ja, eine ausdrückliche Äusserung des Aufgabewillens ist nicht immer erforderlich. Durch eine konkludente Handlung kann sie ersetzt werden. Zieht der Pächter von dem Pachtgrundstück ab, so verwandelt sich der bisherige mittelbare Besitz des Verpächters ohne weiteres, d. h. ohne dass es einer besonderen Erklärung des Pächters oder einer besitzbegründenden Handlung des Verpächters bedürfte, in unmittelbaren Besitz. Insofern kann man sagen, dass der mittelbare Besitz die Fähigkeit hat, unter Umständen schon durch den blossen Fortfall des den mittelbaren Besitzer von der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache ausschliessenden unmittelbaren Besitzers zu unmittelbarem Besitz zu werden.[1]

3. Der unmittelbare Besitzer gibt seinen Besitz zu Gunsten eines Dritten auf, indem er ihn auf diesen überträgt.

Nicht jede Besitzaufgabe durch Besitzübertragung auf einen andern hat den Verlust des mittelbaren Besitzes zur Folge. Gibt der Niessbraucher den Niessbrauchgegenstand einem andern, wenn auch un-

1) Ebenso Biermann § 868 N. 7, Cosack S. 77 II 3, Dernburg S. 65, Kniep S. 12, 262, 266, Planck § 868 N. 3 a, Prot. III S. 330, Strohal S. 20, 73, 108, v. Staudinger § 868 N. Va; a. A. Klein S. 54 ff.

berechtigt, zur Miete, so hat er sich zwar des unmittelbaren Besitzes entledigt, nach § 871 BGB. bleibt aber der mittelbare Besitz des Niessbrauchbestellers an sich unberührt, er wird nur zu einem mittelbaren Besitze zweiten Gliedes abgeschwächt. Schafft also der Mittler mit der Besitzübertragung zwischen sich und dem Erwerber ein neues Besitzmittlungsverhältnis, so büsst der mittelbare Besitzer seinen Besitz nicht ein.

Wenn dagegen der unmittelbare Besitzer durch die Übergabe der Sache den Dritten zum Eigentümer macht, so geht der mittelbare Besitzer, unabhängig von seinem Wollen und Wissen, des Besitzes verlustig.[1] Denn nunmehr hat der neue unmittelbare Besitzer der Sache nicht ein zeitlich begrenztes, sondern ein dauerndes jus possidendi. Der Erwerb des Eigentums und damit der Verlust des mittelbaren Besitzes tritt auch dann ein, wenn der unmittelbare Besitzer, wie es ja in der Regel der Fall sein wird, Nichteigentümer der veräusserten Sache ist.[2] Beispielsweise erlischt der mittelbare Besitz des Deponenten, wenn der Depositar die ihm zur Aufbewahrung anvertraute Sache auf Grund eines Kaufvertrags einem Dritten übergibt. Aber nur die Übergabe, nicht auch die Vereinbarung eines Besitzconstituts zwischen dem Mittler und dem Dritten führt den Untergang des mittelbaren Besitzes herbei.[3] Denn trotz des Constituts steht dem mittel-

---

1) Ebenso Strohal S. 109. 2) Gemäss den Grundsätzen über den Rechtserwerb vom Nichteigentümer (§§ 932 ff. BGB.). 3) Ebenso v. Staudinger § 868 N. Vb.

baren Besitzer noch der frühere unmittelbare Besitzer, der Constituent, als Zeitbesitzer gegenüber.

§ 13.

Der **unfreiwillige Verlust** des unmittelbaren Besitzes übt gleichfalls auf den mittelbaren Besitz seinen Einfluss aus. So geht notwendigerweise der mittelbare Besitz zu Grunde, wenn die Sache, welche sich in den Händen des unmittelbaren Besitzers befindet, vollständig, z. B. durch Verbrennen, untergeht.

In ähnlicher Weise wird durch andere kasuelle Ereignisse, vermöge deren der unmittelbare Besitzer nicht mehr in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben, dem mittelbaren Besitze ein Ende bereitet. Hierhin gehören z. B. das Verlieren im engeren Sinne, das Fortschwemmen von Sachen, das Entlaufen von Haustieren, wenn keine Aussicht auf Rückkehr oder baldige Wiedereinfangung besteht,[1] von gezähmten Tieren, wenn sie die consuetudo revertendi aufgegeben haben, von wilden Tieren, wenn sie nicht unverzüglich verfolgt werden oder die Verfolgung eingestellt wird (§ 960 BGB.) usw. In allen jenen Fällen wird die Beendigung des unmittelbaren Besitzes den Verlust des durch ihn vermittelten mittelbaren Besitzes herbeiführen, ohne dass der mittelbare Besitzer von dem Untergang des unmittelbaren Besitzes Kenntnis zu erhalten braucht.

Die gleiche Wirkung erzielt der Verlust des unmittelbaren Besitzes durch Entsetzung des Besitzmittlers (§ 858 BGB.). Eine solche Dejektion kann nun in doppelter Weise das Erlöschen des mittelbaren Besitzes zur Folge haben:

1) s. Dernburg S. 65.

a) Das Nächstliegende ist, dass ein Dritter dem Besitzmittler die Sache entzieht. Dann tritt mit dem Verluste des unmittelbaren Besitzes der Verlust des mittelbaren nur dann ein, wenn der Dejicient die Entsetzung in der Absicht vornimmt, um den mittelbaren Besitzer von der Sache auszuschliessen, wenn er die entzogene Sache also als seine eigene besitzen will. Steht er doch dem Diebe gleich, der, wie wir wissen, keinen mittelbaren Besitz vermitteln kann, weil es an dem erforderten Rechtsverhältnisse fehlt.

Tritt dagegen der Dejicient in ein Besitzmittlungsverhältnis zum mittelbaren Besitzer, entsetzt z. B. der neu anziehende Pächter den früheren säumigen Pächter, so bleibt der mittelbare Besitz des Verpächters bestehen.

b) Es kann aber auch der Fall eintreten, dass der mittelbare Besitzer selbst den unmittelbaren seines Besitzes entsetzt, dass z. B. der Deponent dem Depositar die bei ihm hinterlegte Sache wiederwegnimmt. Dann geht der mittelbare Besitzer zwar seines mittelbaren Besitzes verlustig, er gewinnt dafür aber den unmittelbaren Besitz der Sache. Der mittelbare Besitz geht also unter, weil er zum unmittelbaren erstarkt.

Kein Verlust des unmittelbaren Besitzes und daher auch keine Beendigung des mittelbaren Besitzes tritt ein, wenn der unmittelbare Besitzer geschäftsunfähig wird oder in Geisteskrankheit verfällt. Auch durch den Tod des unmittelbaren Besitzers wird der mittelbare Besitz nicht berührt, selbst nicht in den Fällen, wo das Recht des Erblassers zum Besitze mit

seinem Tode erlischt, wie z. B. beim Niessbrauch, da sich nach § 857 BGB. der Besitz ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitze vererbt. Nur dann fällt der mittelbare Besitz ausnahmsweise fort, wenn der mittelbare Besitzer selbst Erbe des unmittelbaren ist.

### 2. Der Verlust des mittelbaren Besitzes tritt bei Fortdauer des ihn bisher vermittelnden unmittelbaren Besitzes ein.

Während wir in den beiden letzten Paragraphen Verlustgründe des mittelbaren Besitzes kennen lernten, die in der Beendigung des unmittelbaren Besitzes gegeben waren, wenden wir uns nunmehr solchen Verlustgründen zu, welche nur das Erlöschen des mittelbaren Besitzes zur Folge haben, die Existenz des unmittelbaren Besitzes also nicht berühren.

Wie wir schon an anderer Stelle hervorgehoben haben, kann der mittelbare Besitzer sowohl Eigentümer wie Nichteigentümer, der dem mittelbaren Besitzer gegenüberstehende unmittelbare Besitzer, der Besitzmittler, seinerseits auch mittelbarer Besitzer sein. Diese Unterscheidungen zwischen Eigentum und Nichteigentum des mittelbaren Besitzers einerseits, zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitz des Besitzmittlers anderseits sind bei der Frage, ob der mittelbare Besitz im Einzelfall seinen Untergang findet, in Rücksicht zu ziehen. Weiterhin werden wir die Erfahrung machen, dass entweder bloss der frühere mittelbare Besitzer den mittelbaren Besitz einbüsst, indem im Augenblick jenes Verlustes ein Dritter den mittelbaren Besitz gewinnt, oder dass der mittelbare Besitz schlechthin untergeht.

## § 14.

Als selbstverständlich und der Erwähnung vielleicht überflüssig erscheint es, dass der mittelbare Besitz durch den Tod seines Inhabers, des mittelbaren Besitzers, verloren wird. Denn wenn die Persönlichkeit endet, muss sie auch den mittelbaren Besitz verlieren. Doch bietet gerade dieses ein Beispiel dafür, dass mit dem Aufhören des mittelbaren Besitzes in der Person des mittelbaren Besitzers nicht immer zugleich der Untergang des mittelbaren Besitzes schlechthin verknüpft ist. Denn da der mittelbare Besitz vererblich ist, so geht er mit dem Tode des mittelbaren Besitzers ipso jure auf dessen Erben über und lebt bei diesem fort.

Und ebensowenig wie die Existenz des mittelbaren Besitzes an sich wird durch den Tod des mittelbaren Besitzers der Besitz des Besitzmittlers berührt. Wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Sache zum Pfande übergeben hat, so bleibt der Pfandgläubiger im Falle des Todes des Verpfänders nach wie vor unmittelbarer Fremdbesitzer des Pfandobjekts, nur dass er jetzt nicht mehr dem Schuldner, sondern dessen Erben mittelbaren Besitz vermittelt.

Doch kann in einem besonderen Falle der Tod des mittelbaren Besitzers den vollständigen Untergang des mittelbaren Besitzes, also nicht bloss den Untergang in der Person des mittelbaren Besitzers, herbeiführen, nämlich dann, wenn der Besitzmittler selbst Erbe des mittelbaren Besitzers ist.[1] Hier leitet der Tod des

1) Eine ähnliche Erscheinung findet sich, wenn ein mittelbarer Sequestrationsbesitzer kraft Amtes stirbt. Auch hier geht der mittelbare Besitz des Sequestrationsbesitzers schlechthin unter; vgl. o. S. 67 f.

Erblassers den mittelbaren Besitz nicht auf den Erben über, sondern der mittelbare Besitz vereinigt sich mit dem schon vorhandenen unmittelbaren Besitz des Erben und muss daher notwendig erlöschen. Anderseits geht mit dem unmittelbaren Besitz des Erben, wenn der Erblasser mittelbar besitzender Eigentümer war, insofern eine Veränderung vor, als aus einem zeitlich beschränkten Fremd- ein dauernder Eigenbesitz wird.

§ 15.

Wie der mittelbare Besitzer durch **Überweisung des Anspruchs auf Herausgabe** nach § 870 BGB. in der Person eines Dritten mittelbaren Besitz begründet, so kann er durch eben jene Cession seinen eigenen mittelbaren Besitz beendigen. Das hängt davon ab, in welcher Absicht der cedierende mittelbare Besitzer den Anspruch auf Herausgabe der mittelbar besessenen Sache abtritt.

a) Wird durch die Cession des (obligatorischen) Anspruchs ausschliesslich die Übertragung des mittelbaren Besitzes[1] bezweckt, so hört der Cedent mit dem Verluste des Herausgabeanspruchs (§ 398 BGB.) auf, mittelbarer Besitzer zu sein.[2] Doch geht der mittelbare Besitz als solcher nicht schlechthin, sondern nur in der Person des Cedenten unter, denn er lebt fort in der Person des Cessionars. Ein eventueller mittelbarer Besitz eines Vor- oder Nachmanns des Cedenten bleibt bestehen.

---

1) Dieser an sich mögliche Fall wird, wie schon Bartels S. 663 mit Recht hervorhebt, wohl selten eintreten. 2) Vgl. Dernburg S. 66, Strohal S. 110.

Beispiel: A hat dem B einen Niessbsauch bestellt, B die Niessbrauchsache an C vermietet, C sie an D aftervermietet. Tritt nunmehr B einem E den Anspruch auf Herausgabe gegen C ab, so büsst B seinen mittelbaren Besitz ein, E erhält ihn, während sowohl A wie C weiter mittelbar besitzen.

b) Erfolgt die Cession des (obligatorischen) Anspruchs, um dem Cessionar ein obligatorisches Recht, z. B. ein Pachtrecht, oder ein dingliches Recht an fremder Sache, z. B. ein Pfandrecht, zu verschaffen, so büsst der Cedent seinen mittelbaren Besitz nicht ein, sein mittelbarer Besitz degradiert nur zu einem mittelbaren Besitz zweiten Gliedes. Er hat zwar durch die Abtretung sich des Herausgebeanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer zu Gunsten des Cessionars begeben, aber auf Grund des obligatorischen oder dinglichen Vertrags mit dem Cessionar einen neuen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe gegen diesen gewonnen. Zwischen den ursprünglichen mittelbaren Besitzer, den Cedenten, und den unmittelbaren Besitzer, den Cessus, ist ein neuer mittelbarer Besitzer, der Cessionar, getreten, der seinerseits zu dem Cedenten in einem Besitzmittlungsverhältnisse steht und dessen mittelbaren Besitz daher gemäss § 871 BGB. aufrecht erhält. Ist neben dem mittelbaren Besitz des Cedenten der mittelbare Besitz eines Vor- oder Nachmanns vorhanden, so tritt ersterer infolge der Abtretung auch um ein Glied in der Kettenreihe der mittelbaren Besitzverhältnisse zurück, der mittelbare Besitz des Nachmanns wird dagegen nicht berührt.

Cediert in dem oben angeführten Beispiel B den Herausgabeanspruch gegen C dem E, um ihm ein Mietrecht zu verschaffen, so sind die Besitzverhältnisse folgende: C bleibt nach wie vor mittelbarer Besitzer ersten Gliedes, E wird mittelbarer Besitzer zweiten Gliedes, der frühere mittelbare Besitz des B zweiten verwandelt sich in mittelbaren Besitz dritten Gliedes, der frühere mittelbare Besitz des A dritten in mittelbaren Besitz vierten Gliedes.

c) Geschieht die Überweisung des Herausgabeanspruchs zu Übereignungszwecken, wird also der dingliche Anspruch auf Herausgabe übertragen (Vindikationscession), so ist zu unterscheiden, ob der cedierende mittelbare Besitzer Eigentümer ist oder nicht.

War er Eigentümer, so hat die Cession zur Folge, dass der Cessionar Eigentum erwirbt. Mit dem Eigentumserwerbe des Cessionars erlöschen sämtliche Rechte des Cedenten, also auch sein obligatorischer Herausgabeanspruch gegen den Cessus und mit ihm in Ermanglung eines neu erworbenen Herausgabeanspruchs gegen den Cessionar der mittelbare Besitz.[1] Doch findet auch hier der mittelbare Besitz selbst nicht schlechthin seinen Untergang, da er ja auf den Cessionar übergeht.

Ist der Cedent Nichteigentümer, so tritt der Eigentumserwerb des Cessionars ein, vorausgesetzt, dass letzterer gutgläubig ist und es sich nicht um gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene

1) Formlose Cession genügt nur bei beweglichen Sachen (§ 931 BGB.). Bei unbeweglichen muss der Abtretungsvertrag in der Form der Auflassung geschlossen werden und Eintragung ins Grundbuch hinzukommen (§§ 925, 873 BGB.).

Sachen handelt, Geld, Wertpapiere und im Wege öffentlicher Versteigerung veräusserliche Sachen ausgenommen.[1] Auch hier führt der Eigentumserwerb des Cessionars die Beendigung des mittelbaren Besitzes des Cedenten herbei. Mit dessen mittelbarem Besitzverlust reisst die Kette ein, sodass auch die Vormänner, denen er mittelbaren Besitz vermittelte, ihren mittelbaren Besitz verlieren.

Der mittelbare Besitz etwaiger Nachmänner des veräussernden Eigentümers oder Nichteigentümers bleibt dagegen erhalten, selbst dann, wenn dem Veräusserer oder einem Nachmann ein dinglich Berechtigter als Mittler gegenübersteht und dessen Recht mit dem Erwerbe des Eigentums durch den Cessionar erlischt (§ 936 BGB.). Denn das einmal begründete Besitzverhältnis kann durch den Mangel des Rechts zum Besitze nicht beseitigt werden.[2]

Beispiele: A vermietet ein ihm gehörendes Buch an B, B übergibt es dem C zur Verwahrung, der es an D weiter verleiht.

Wenn nun der Eigentümer A seinen Herausgabeanspruch gegen irgendeinen Besitzer des Buches einem E in der Absicht, ihm das Buch zu verkaufen, cediert, so fällt allein sein eigener mittelbarer Besitz fort,

---

1) Dies gilt nur für bewegliche Sachen (§§ 934, 935 BGB.). Bei unbeweglichen Sachen ist jede dingliche Verfügung eines Nichtberechtigten unwirksam, es sei denn, dass sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt oder nachträglich konvalesziert; s Planck § 873 N. III 1. 2) Der Mittler vermittelt nunmehr auf Grund eines Putativverhältnisses dem Nachmann des Veräusserers mittelbaren Besitz; vgl. u S. 122 f.

während der mittelbare Besitz seiner Nachmänner solange weiterbesteht, bis D seinen Besitz einbüsst.

Tritt einer der Nichteigentümer, z. B. B dem gutgläubigen E seinen Anspruch auf Herausgabe gegen C ab, so geht nicht nur der mittelbare Besitz des B, sondern auch der des A unter, da die Kette bei B zerrissen ist; der mittelbare Besitz des C bleibt bestehen.

Ändern wir das obige Beispiel etwas um und nehmen an, C habe das Buch nicht an D verliehen, sondern verpfändet.

Überweist nun A seinen Anspruch auf Herausgabe gegen B dem redlichen E, so findet das Pfandrecht des D zwar seinen Untergang, gleichwohl dauert aber der mittelbare Besitz sowohl des B wie des C fort, nur A selbst geht des mittelbaren Besitzes verlustig. —

Erlangt durch die Überweisung des Herausgabeanspruchs der Cessionar kein Eigentum, z. B. weil eine gestohlene Sache den Gegenstand der Überweisung bildet, so erwirbt weder der Cessionar noch verliert der Cedent mittelbaren Besitz. Die Abtretung ist also auch auf den mittelbaren Besitz ohne Wirkung geblieben. Denn einerseits wird durch jene Cession, die nur die Begründung des Eigentums in der Person des Cessionars bezweckte, ebensowenig wie das Eigentum, sowenig auch ein anderes dingliches oder obligatorisches Recht übertragen, anderseits wird dadurch der obligatorische Herausgabeanspruch des Cedenten gegen den Cessus nicht aufgehoben.

Durch die Übergabe von Traditionspapieren, die, wie wir wissen, die Besitzüberweisung ersetzt, fällt der mittelbare Besitz des Tradenten fort. So wird

z. B. dem mittelbaren Besitz am Frachtgut des Absenders in dem Augenblick ein Ende bereitet, in welchem er den Ladeschein dem Empfangsberechtigten aushändigt. Der Ablader hat aber erst dann den mittelbaren Besitz verloren, wenn er sämtliche Konnossemente übergeben hat.

§ 16.

Ein Wechsel in der Person des mittelbaren Besitzers tritt nicht ein, sondern der mittelbare Besitz geht schlechthin unter, wenn er durch **Aufhebung des Rechtsverhältnisses,** das zwischen dem mittelbaren Besitzer und dem Besitzmittler gegeben ist, beendigt wird.

Bei der Darstellung des Begriffs und Wesens des mittelbaren Besitzes haben wir schon darauf hingewiesen, dass das Rechtsverhältnis das rechtliche Band zwischen mittelbarem Besitzer und der Sache bildet. Wie der mittelbare Besitz tatsächlich auf der realen Herrschaft des unmittelbaren Besitzers beruht, so ist er rechtlich auf dem Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Mittler aufgebaut.

Man könnte nun hieraus den Schluss ziehen, — und diese Schlussfolgerung scheint auf den ersten Blick geradezu zwingend zu sein — dass jedes Erlöschen des Rechtsverhältnisses den Verlust des mittelbaren Besitzes zur Folge haben muss. Dieser Auffassung stehen aber so gewichtige, vor allen Dingen praktische Bedenken entgegen, dass ein Zweifel an ihrer Richtigkeit nicht unbegründet erscheinen kann. Man erwäge nur, dass das Rechtsverhältnis an sich mit Ablauf der Zeit, auf welche es eingegangen ist, seine Be-

endigung findet. Sollten nun etwa der Vermieter, wenn die dreijährige Mietzeit zu Ende ist und der Mieter den Mietgegenstand noch in Händen hat, oder der Mündel, wenn er das 21. Lebensjahr vollendet und der Vormund noch den unmittelbaren Besitz des Mündelguts fortsetzt, ihren mittelbaren Besitz einbüssen?[1] Dem Mieter, dem Vormund werden durch verbotene Eigenmacht der unmittelbare Besitz entzogen, dem Vermieter, dem Mündel sollte das Klagerecht aus § 869 BGB. versagt sein, weil durch Zeitablauf das Rechtsverhältnis gelöst ist und daher vor der Entziehung kein mittelbarer Besitz mehr bestand? Ihnen sollte nun nicht mehr die Vermutung des Eigentums aus § 1006 Abs. 3 BGB. zur Seite stehen?

Nein, das Rechtsverhältnis dauert, wenn auch materiell aufgehoben, so doch noch *vermeintlich* fort. Genügt das Vorliegen eines *Putativverhältnisses* zur *Begründung* mittelbaren Besitzes, so muss es auch zu dessen *Erhaltung* ausreichen. Der Mieter, der nach Ablauf der dreijährigen Mietzeit die Wohnung noch nicht geräumt hat, besitzt gleichwohl – vermeintlich – noch als Mieter und vermittelt dem Vermieter nach wie vor mittelbaren Besitz. „An die Stelle des Mieters tritt weder sofort der Vollbesitz des Vermieters noch hört etwa der mittelbare Besitz des Vermieters auf."[2]

Ebensowenig wie der blosse Zeitablauf, sowenig vermag auch der Eintritt einer *auflösenden* Be-

1) Bejaht von Bartels S. 663. 2) Enneccerus-Lehmann S. 61 f., ebenso Dernburg S. 67, Kniep S. 265, 267, 299.

dingung,[1] die Kündigung[1] oder irgend ein anderer Umstand, der dem Rechtsverhältnis an sich ein Ende bereitet, den Verlust des mittelbaren Besitzes hervorzurufen, solange der Mittler noch zeitweise die tatsächliche Sachherrschaft wenigstens in einem Putativverhältnisse ausübt.[2]

Zu weit gehen jedoch Enneccerus und Lehmann,[3] wenn sie ohne Einschränkung den Satz aufstellen: „Fortdauer des Besitzrechtsverhältnisses ist nicht Voraussetzung des Besitzverhältnisses." Tritt nämlich mit der Aufhebung des materiellen Rechtsverhältnisses zugleich eine Besitzumwandlung auf seiten des Besitzmittlers ein, nämlich die Umwandlung von Zeit- in Dauerbesitz, so sinkt der mittlere Besitz dahin.[4]

Dass dieser Vorgang durch vertragliche Einigung des mittelbaren Besitzers mit dem Mittler herbeigeführt werden kann, ist unbestritten; fraglich allein erscheint, ob und inwieweit der eine oder der andere imstande ist, einseitig durch Aufhebung des Rechtsverhältnisses den mittelbaren Besitz zum Erlöschen zu bringen.

---

1) a. M. Bartels S. 663. 2) Wird z. B. die Ehe geschieden, so ist der Ehemann verpflichtet, seiner Frau das eingebrachte Gut herauszugeben. Tut er dies nicht, so bleibt der mittelbare Besitz der Ehefrau dennoch erhalten. 3) S. 61 f. 4) Insoweit gibt es auch einen Verlust des mittelbaren Besitzes durch Zeitablauf oder Eintritt einer auflösenden Bedingung. Der mittelbare Besitz des Verlierers erlischt z. B., sobald der Finder mit Ablauf eines Jahres nach der Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde das Eigentum erworben hat (§ 973 BGB.). Wenn ferner der Käufer eine Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises gepachtet hat, so hört mit der Zahlung des Kaufpreises der Verkäufer auf, mittelbarer Besitzer zu sein.

a) Die Vereinbarung zwischen mittelbarem Besitzer und Besitzmittler, dass letzterer zwar den Besitz behalten, aber in Zukunft nicht mehr auf Grund eines Rechtsverhältnisses besitzen soll, entspricht der gemeinrechtlichen **brevi manu traditio.** Durch jene Abrede erlangte der bisherige Detentor, z. B. der Mieter, welcher die Sache für den juristischen Besitzer, den Vermieter, inne hatte, den juristischen Besitz; der Vermieter ging seines juristischen Besitzes verlustig.

Während also im römisch-gemeinen Recht die Brevimanu-Tradition auf der einen Seite einen Besitzverlust hervorrief, auf der anderen aber eine besondere Art des Besitzerwerbs darstellte, führt sie heute neben einem Besitzverlust nur noch eine Besitzveränderung herbei: der mittelbare Besitzer büsst seinen mittelbaren Besitz ein,[1] der Besitzmittler wird Alleinbesitzer, sein Fremd- und Zeitbesitz verwandelt sich in Eigen- und Dauerbesitz.

Das BGB. zieht eine „Übergabe kurzer Hand" sowohl bei dem Eigentumserwerbe (§ 929 S. 2) wie auch bei der Bestellung eines Niessbrauchs (§ 1032) und des Pfandrechts (§ 1205 Abs. 1 S. 2) an beweglichen Sachen in Betracht. Aber ein Besitzverlust einerseits, eine Besitzumwandlung anderseits tritt nur bei dem Eigentumserwerbe ein. Weder die Niessbrauch- noch die Pfandrechtsbestellung durch brevi manu traditio ist geeignet, jene Wirkungen auszuüben. Wenn z. B. der Vermieter sich mit dem Mieter dahin einigt, dass letzterer fortab

1) Ebenso Bartels S. 657, Dernburg S. 60, Kniep S. 256, Matthiass S. 14, Planck §§ 854 N. 6, 868 N. 3 ¾, Strohal S 77, Windscheid-Kipp S. 690

den Mietgegenstand nicht mehr zur Miete, sondern zum Niessbrauch innehaben soll, so wird dadurch nur der Rechtsgrund des Besitzes geändert, der Vermieter verliert aber ebensowenig seinen mittelbaren Besitz wie etwa der Mieter Dauerbesitzer wird.

Erfolgt dagegen die Brevimanu-Tradition in der Absicht der Eigentumsbegründung, so können die früheren Besitzverhältnisse berührt werden. Und zwar ist hier in gleicher Weise wie bei der Besitzüberweisung zu unterscheiden, ob der mittelbar besitzende Brevimanu-Tradent Eigentümer ist oder nicht.

Ist er Eigentümer der veräusserten Sache, so findet sein mittelbarer Besitz stets seinen Untergang, da nunmehr der Erwerber Eigentümer und damit in perpetuum zum Besitze berechtigt wird.[1]

Ist er Nichteigentümer, so büsst er seinen mittelbaren Besitz nur dann ein, wenn der Erwerber, ebenso wie bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs, im Augenblick des Abschlusses des Übereignungsvertrags in gutem Glauben war und keine verlorene, gestohlene oder sonst abhanden gekommene Sache in Frage stand, mit Ausnahme von Geld, Wertpapieren und im Wege öffentlicher Versteigerung veräusserlicher Sachen. Ausserdem muss aber hinzukommen, dass der Erwerber gerade von dem veräussernden mittelbaren Besitzer den Besitz der Sache herleitete. Denn

---

1) Dies ist nur bei beweglichen Sachen der Fall, vgl. o. S. 118 A. 1.

nur unter diesen Voraussetzungen gewinnt der Mittler Eigentum (§ 932 BGB.) und Dauerbesitz.[1]

Ist neben dem mittelbaren Besitz des Veräusserers noch mittelbarer Besitz von Vor- oder Nachmännern vorhanden, so sinkt der mittelbare Besitz aller Vor- und derjenigen Nachmänner dahin, die zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber stehen. Etwaiger mittelbarer Besitz des Erwerbers selbst[2] und seiner Nachmänner wird aber nicht berührt, selbst dann nicht, wenn ihnen ein dinglich Berechtigter als Mittler gegenübersteht, dessen Recht mit dem Gewinn des Eigentums durch den Erwerber erlischt (§ 936 BGB.).[3]

Hat die Übergabe kurzer Hand die Begründung neuen Eigentums nicht zur Folge, so bleiben sämtliche mittelbaren Besitzverhältnisse unverändert bestehen, da der Erwerber mit dem der Übereignungsvertrag geschlossen wurde, nach wie vor nur auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.

Beispiele: B hat eine ihm vom Eigentümer A zum Niessbrauch übergebene Sache an C vermietet, der sie an D verpfändet; dieser hinterlegt sie bei E.

Schliesst A mit E eine brevi manu traditio, so gehen sämtliche mittelbaren Besitzer ihres Besitzes verlustig, da der unmittelbare Besitzer E Dauerbesitzer geworden ist.

Übereignet A dem D durch brevi manu traditio die Sache, so büssen A, B und C ihren mittelbaren Besitz ein, denn D ist ihnen gegenüber dauernd zum

1) Vgl. o. S. 119 A. 1. 2) Denn eine brevi manu traditio kann auch dann geschlossen werden, wenn sich der Erwerber nur im mittelbaren Besitz befindet; ebenso Biermann § 929 N. 4, Gierke Fahrn. S 16. 3) s. o. S. 119 A. 2.

Besitze berechtigt. D bleibt mittelbarer Besitzer, weil E ihm gegenüber noch immer auf Zeit zum Besitze verpflichtet ist.

Aus gleichen Gründen wird dem mittelbaren Besitz von A und B ein Ende bereitet, während der mittelbare Besitz von C und D fortlebt, wenn A mit C eine brevi manu traditio schliesst.

Geht A mit B, der von dem Pfandrecht des D nichts weiss, eine brevi manu traditio ein, so geht zwar, da B von A den Besitz erlangt hatte, das Pfandrecht des D unter, der mittelbare Besitz des B sowohl wie des C und D bleibt aber erhalten.

Veräussert der Nichteigentümer B dem redlichen C durch Brevimanu-Tradition die Sache, so fällt ausser dem mittelbaren Besitz des B noch der des A fort, da C den Besitz von B ableitet und daher als Eigentümer Dauerbesitzer wird. Der mittelbare Besitz des C und des D wird nicht berührt.

Schliesst endlich B statt mit C mit D eine brevi manu traditio, so tritt überhaupt kein Verlust des mittelbaren Besitzes ein; denn D hat den Besitz nicht von B, sondern von C erworben.

b) Was die Frage anlangt, ob der **Besitzmittler** sich einseitig von dem zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisse trennen kann, [1]

1) und zwar ausserhalb der Rechtslinie. Nur die rechtswidrige Trennung kommt hier in Betracht. Darüber, dass er in der Lage ist, sich auf rechtmässige Weise von dem Verhältnisse einseitig loszusagen, vgl. die bei Kniep S. 256 ff. aufgeführten Beispiele. Scheidet z. B. der Pächter eines mit Inventar verpachteten Grundstücks innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft Inventarstücke aus, so verwandelt er seinen Zeit- in Dauerbesitz, der mittelbare Besitz des Verpächters muss infolgedessen an jenen Stücken erlöschen.

so haben sich darüber in der Literatur zwei Theorien gebildet, eine subjektive und eine objektive, von denen die erstere sich in bejahendem, die letztere in verneinendem Sinne ausspricht.

Die Subjektivitätstheorie hat wieder zwei Richtungen gezeitigt. Die eine behauptet, die Existenz des mittelbaren Besitzes sei abhängig von der praktischen Anerkennung des Besitzmittlers. Wenn der Mittler in Worten oder Taten die Oberherrschaft des mittelbaren Besitzers verleugne, so müsse der mittelbare Besitz seine Beendigung finden.

Die andere, schärfere Richtung sieht den Untergang des mittelbaren Besitzes schon dann als eingetreten an, wenn der unmittelbare Besitzer den Willen habe, nicht mehr für den mittelbaren Besitzer die Sachherrschaft auszuüben, wenn er also seinen Fremdbesitz eigenmächtig zum Eigenbesitz umgestalte.

Demgegenüber erachtet es die Objektivitätstheorie als für die Fortdauer des mittelbaren Besitzes unerheblich, ob der Mittler den mittelbaren Besitzer als Oberbesitzer anerkenne oder den Willen fasse, nur noch für sich selbst zu besitzen. Die Erhaltung des mittelbaren Besitzes sei vielmehr allein durch das objektive Bestehen des Besitzmittlungsverhältnisses,[1] das nicht einseitig durch den Mittler gelöst werden könne, bedingt.

Vertreter der krasseren subjektiven Auffassung ist Kniep.[2] Er äussert sich dahin: „Der mittelbare Besitz beruht auf einem Habenwollen für einen anderen.

1) wenn auch nur als Putativverhältnisses, vgl. o. S. 122.
2) S. 83, 258.

Sobald der Inhaber, d. i. der wirkliche Besitzer, den Entschluss fasst, die Sache für sich zu haben, tritt in diesem Verhältnis eine Störung ein. Der Goldschmied, dem eine silberne Schale zur Ausbesserung übergeben ist, stellt sie in seinem Schaufenster zum Verkaufe aus und leugnet den Empfang. Diese Unterschlagung bewirkt eine Besitzumwandlung, und weil der Goldschmied gar nicht mehr für einen Dritten besitzen will, tritt in diesem Verhältnis eine Störung ein. Neben dieser Unterschlagung ist sowenig mittelbarer Besitz vorhanden wie neben einem Diebstahl." [1]

Wenn Kniep in dem von ihm angeführten Beispiel auch in gewissem Sinne den Willen durch eine Handlung in die Erscheinung treten lässt, so legt er doch offenbar, wie sich aus der mehrfachen Betonung des Willens ergibt, das Hauptgewicht auf den Willen selbst. Dass aber der blosse innere Wille nicht genügen kann, den Verlust des mittelbaren Besitzes herbeizuführen, und der mittelbare Besitz nicht ein Habenwollen des Mittlers für den mittelbaren Besitzer notwendig voraussetzt, erhellt schon daraus, dass auch der Eigentümer,[2] der ja für sich besitzt, imstande ist, wenn er in ein Besitzmittlungsverhältnis eintritt, mittelbaren Besitz zu vermitteln.

---

1) Vgl. Matthiass S. 13: „Der mittelbare Besitz geht ohne weiteres unter, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz veruntreut". Darüber, dass der Mittler, der den Besitz fortführt, ohne das Besitzmittlungsverhältnis zu wahren, nicht dem Diebe gleichzuerachten ist, s. o. S. 100 f., ferner v. Staudinger § 868 N V 2b: „Solange der unmittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt noch hat, kann der mittelbare Besitz nicht verloren gehen, selbst wenn ersterer in untreuer Weise über die Sache verfügen sollte". 2) s. o. S. 15 A. 2.

Kniep selbst schränkt seine Ansicht in etwa ein, denn „der Wille, das Innehaben für einen anderen, genauer die Absicht, braucht indes nicht fortwährend vorhanden zu sein. Weder durch Schlafen noch durch Geisteskrankheit wird das Innehabenwollen für einen andern beseitigt."

Ebensowenig wie durch Geisteskrankheit, wo der Wille des Mittlers, für den mittelbaren Besitzer zu besitzen, aufhört, der mittelbare Besitz beendigt wird, ebensowenig ist u. E. für die Fortdauer des mittelbaren Besitzes jener Wille des Mittlers, wenn er nicht geisteskrank ist, notwendig oder von Einfluss.

Das entspricht auch dem römischrechtlichen Grundsatze: nemo animo solo sibi causam possessionis mutare potest,[1] und wird auch von Dernburg[2] für das BGB. anerkannt: „Die einmal eingenommene Besitzstellung ist dauernd, durch Änderung der ursprünglichen Absicht allein kann sie sich nicht umgestalten . . . Der Pächter z. B. erhält keinen Eigenbesitz, wenn er auch den Entschluss fasst, die Pachtsache fortan, wie wenn sie ihm eigen wäre, zu besitzen."

Auch Endemann[3] pflichtet dem bei: „Die blosse innere, verborgene Änderung der rechtlichen Gesinnung kommt überhaupt nicht in Betracht."

Ebenso erklärt Strohal:[4] „Das blosse Meinen und Glauben des unmittelbaren Besitzes und desgleichen ein blosses sogenanntes inneres Wollen desselben muss als unmassgeblich betrachtet werden."

---

1) l. 3 § 19, l. 12 § 1 D. 41,2. Vgl. Dernburg Pand. B. I § 179 A. 2. 2) S. 45 f. 3) S. 130 A. 23, 128, 120. 4) S. 112

Aber übereinstimmend fahren die genannten Autoren fort,

Dernburg: „Eine veränderte Absicht des Inhabers einer Sache wird erst dann rechtlich beachtet, wenn sie durch reale Handlungen desselben, die gegen den Besitzer der Sache gerichtet werden, verwirklicht ist“;

Endemann: „Wenn der unmittelbare Besitzer durch eigenmächtige Handlungen, zumal durch Unterschlagung, das ihn verknüpfende Rechtsverhältnis stört, so endigt der mittelbare Besitz. Damit aber der Besitz untergeht, bedarf es einer tatsächlichen Verwirklichung der das bindende Rechtsverhältnis zerstörenden Absicht“;

Strohal: „Wohl aber wird der mittelbare Besitz dann als beendigt anzusehen sein, wenn der unmittelbare Besitzer einen neben ihm vorhandenen mittelbaren Besitzer praktisch nicht mehr anerkennt. Diese praktische Nichtanerkennung kann sich in einer vom unmittelbaren Besitzer gegenüber dem bisherigen mittelbaren Besitzer abgegebenen Erklärung äussern, sie kann aber auch ohne solche Erklärung schon dadurch zum Ausdruck kommen, dass der unmittelbare Besitzer sich bei Behandlung der Sache allseitig über jede Rücksichtnahme auf einen mittelbaren Besitzer hinwegsetzt“.[1]

1) Vgl. Gierke Fahrn. S. 7: „Entscheidend ist für den mittelbaren Besitz die durch das Rechtsverhältnis fortdauernd behauptete tatsächliche Sachherrschaft, die anerkannte Position als Besitzherr, die Möglichkeit der Verfügung über die Sache“; ebenso Biermann § 868 N. 7, der aber nur insoweit den Verlust des mittelbaren Besitzes eintreten lässt, als die Nichtanerkennung dem mittelbaren Besitzer gegenüber ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere durch Verweigerung der Herausgabe, betätigt wird; ausserdem Grützmann S. 504, Thoma S. 83 f.

Durch die letzteren Auffassungen, die das Dasein des mittelbaren Besitzes der praktischen Anerkennung durch den unmittelbaren Besitzer unterwerfen, wird u. E. der mittelbare Besitz geradezu wieder zu einer Fiktion herabgedrückt. Welche Konsequenzen würden auch daraus entstehen! Die Eigentumsvermutung aus § 1006 Abs. 3 BGB. könnte dem mittelbaren Besitzer jederzeit durch einseitiges widerrechtliches Handeln des Besitzmittlers entzogen, die Unterbrechung der Ersitzung jederzeit schon durch eine unrechtmässige Erklärung des Mittlers herbeigeführt werden, sodass er darauf angewiesen wäre, im Wege der Feststellungsklage die Anerkennung des Mittlers zu erstreiten. Ja, seine Lage würde sich nicht viel anders gestalten, als unterstände er schon dem blossen Entschlusse des mittelbaren Besitzes. Ob er nun Worten, Taten oder dem Willen des Mittlers preisgegeben ist, immerhin würde er ein Spielball der Laune des unmittelbaren Besitzers, seiner Willkür ausgesetzt sein, und in beständiger Gefahr schweben, da er ja jederzeit, nichts ahnend und oft fast machtlos, die Beendigung seines Besitzes gewärtigen müsste.

Das erkennt auch Leonhard[1] an: „Der mittelbare Besitz kann durch den blossen Willen des Mittlers — auch wenn er erklärt ist — nicht beendet werden. . . . . Beim Fortdauern des unmittelbaren Besitzes erlischt der mittelbare Besitz nicht schon dadurch, dass der Mittler sich auflehnt, d. h. den Willen kundgibt, sich die Sache aneignen zu wollen. Will man die blosse Willkür des Mittlers über die

1. S. 73 f., ebenso Binder S. 58 A. 76, Männer S. 101 A. 23.

Fortdauer des mittelbaren Besitzes entscheiden lassen, so schädigt man den mittelbaren Besitzer aufs schwerste. Dies um so mehr, als er sich gegen die Anmassung nicht einmal verteidigen kann. Wenn der Mieter von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht, so kann der Vermieter Unterlassung oder auch Herausgabe der Sache fordern. Tritt aber die Auflehnung nur in Erklärungen des Mieters hervor, so ist der Vermieter dagegen wehrlos. Eine Klage auf Festtellung des mittelbaren Besitzes würde ihm nicht zustehen, eben weil dieser Besitz schon beendet ist."[1]

Nun beruft sich aber Planck[2] auf die zweite Kommission, der wir die Einführung des mittelbaren Besitzes ins BGB. verdanken. Diese Kommission sei auch der Ansicht gewesen,[3] dass der mittelbare Besitz durch eine Erklärung des Mittlers, er erkenne diesen als Oberbesitzer nicht mehr an, seinen Untergang finde. Sie habe sogar die Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung ins BGB. ins Auge gefasst und lediglich deshalb davon Abstand genommen, weil man sie teils für selbstverständlich, teils für insofern nicht ganz richtig gehalten habe, als der Verlust des mittelbaren Besitzes auch dadurch müsse eintreten können, dass der unmittelbare Besitzer in einer den mittelbaren Besitz ausschliessenden Weise über die Sache verfüge.

Mit gleichem Rechte möchten auch wir uns als Anhänger der objektiven Theorie dieses zu Nutze machen und fragen, weshalb hat denn wenigstens

1) Das letztere ist wohl nicht ganz richtig, vgl. Planck § 868 N. 3 bβ am Schluss. 2) § 868 N. 3 bβ. 3) s. Prot. II S. 3783 (B. 3 S. 227 f.).

nicht eine Norm des für richtig gehaltenen Inhalts Aufnahme ins BGB. gefunden? Wir glauben, dass die Auffassung der Unrichtigkeit doch wohl die der Selbstverständlichkeit etwas überwogen haben mag. Denn so ganz selbstverständlich ist das, wie sich schon aus dem Streit der Meinungen ergibt, nun doch nicht. Überhaupt sind ja bekanntermassen die bei der Beratung eines Gesetzes auftretenden Ansichten in Rücksicht auf die dabei vorhandene Unmöglichkeit einer genauen Abwägung der Einzelfälle nur mit grösster Vorsicht zu behandeln und bilden kein Mittel positiver, zwingender Interpretation.

Planck führt aber weiter zur Verteidigung der subjektiven Theorie ins Feld, dass in den Worten des Gesetzes — besitzt jemand „als" Niessbraucher . . . — ein subjektives Erfordernis für das Bestehen des mittelbaren Besitzes liege. „Dieses subjektive Erfordernis fällt weg, wenn beispielsweise der Mieter dem Vermieter erklärt, er erkenne das Mietverhältnis nicht mehr an, weil er erfahren habe, dass er Eigentümer sei und die Sache als seine eigene besitze."

In diesem subjektiven Sinne dürfen u. E. die Worte des Gesetzes nicht ausgelegt werden. Die gesetzliche Vorschrift, dass mittelbarer Besitzer derjenige sei, dem gegenüber ein anderer z. B. „als" Niessbraucher besitzt, bedeutet nichts anders als: mittelbaren Besitz vermittelt derjenige, der auf Grund eines Niessbrauchverhältnisses den Besitz der Sache faktisch ausübt. Ob der Inhaber dabei das Niessbrauchverhältnis anerkennt, ob er den Willen hat, in der Eigenschaft eines Niessbrauchers zu besitzen oder nicht, ist unserer

Ansicht nach für die Existenz des mittelbaren Besitzes des Niessbrauchbestellers belanglos.

Gegen die Auffassung Plancks wendet sich auch Windscheid-Kipp:[1] „Irgend ein Entschluss des unmittelbaren Besitzes — geäussert oder nicht — seiner Herausgabepflicht nicht nachzukommen, hebt den mittelbaren Besitz nicht auf. Man könnte ja sagen, der Pfandgläubiger, welcher eine Unterschlagungshandlung begeht, besitzt nicht mehr als Pfandgläubiger im Sinne des § 868. Allein in solchem subjektiven Sinne ist dieser Paragraph nicht zu verstehen; es genügt für den mittelbaren Besitz das objektive Bestehen des Verpflichtungsverhältnisses. Das Gesetz rechnet gar nicht mit der Möglichkeit, dass der unmittelbare Besitzer den mittelbaren abschüttelt, es würde sonst nicht unterlassen haben, für diesen Fall Vorkehrung zu treffen."

c) Der unmittelbare Besitzer, der die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, kann sich also von dem Besitzmittlungsverhältnisse einseitig nicht trennen. Es erhebt sich nun die Frage, ob sich denn nicht wenigstens der **mittelbare Besitzer,** der zur Sache nur in einer tatsächlichen Beziehung steht, von dem Rechtsverhältnis durch eine einseitige Erklärung, durch Verzicht auf den mittelbaren Besitz, loszusagen vermag. Würde z. B. der mittelbare Besitz des Verpächters untergehen, wenn er dem Pächter erklärt, er wolle nicht mehr mittelbarer Besitzer des Pachtgegenstandes sein?

1) S. 710.

Enneccerus-Lehmann[1] bejahen diese Frage ganz allgemein: „So geht der Besitz des Oberbesitzers durch die Erklärung an den Unterbesitzer unter, dass er den mittelbaren Besitz aufgäbe."

Auch Cosack[2] ist „einstweilen geneigt, jene Frage zu bejahen".

Nach Dernburg[3] genügt sogar schon der blosse Entschluss des mittelbaren Besitzers, nicht mehr besitzen zu wollen, um den Untergang des mittelbaren Besitzes herbeizuführen.

Biermann[4] dagegen ist der Ansicht, dass ein Verzicht auf den mittelbaren Besitz nur möglich sei, wenn dadurch der Besitzmittler Alleinbesitzer werde. Hierzu sei aber ein Verzicht auf den Herausgabeanspruch erforderlich, der den Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse entsprechend (vgl. § 397 BGB.) der Annahme des unmittelbaren Besitzers bedürfe. Biermann erkennt also einen einseitigen Verzicht auf den mittelbaren Besitz nicht an.

Dass nicht durch den blossen Entschluss des mittelbaren Besitzers der Verlust des mittelbaren Besitzes eintritt, ergibt sich schon aus der Analogie mit dem unmittelbaren Besitze, der eine Aufgabe solo animo nicht kennt.[5]

Ob nun eine Verzichterklärung auf den mittelbaren Besitz denselben beendigt, richtet sich u. E. danach, ob der mittelbare Besitzer Eigentümer ist oder nicht.

1) S. 77; ebenso Endemann S. 149. 2) S. 77 II 1. 3) S. 66. 4) § 868 N. 7. 5) s. o. S. 108; gl. A. Weidemann S. 70.

Ist er Nichteigentümer, so bedeutet eine Äusserung, dass er den mittelbaren Besitz aufgäbe, nichts anderes als ein Aufgebenwollen des Besitzmittlungsverhältnisses. Eine derartige einseitige Erklärung des mittelbaren Besitzers vermag aber ebensowenig wie eine vom unmittelbaren Besitzer abgegebene die Aufhebung des Verhältnisses herbeizuführen. Denn das Verhältnis erzeugt auf seiten des mittelbaren Besitzers nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten und dieser kann sich der mittelbare Besitzer nicht ohne den Willen des Mittlers entledigen. Der Verpächter, der noch so gerne die ihm aus dem Pachtverhältnisse erwachsenen Pflichten abschütteln möchte, bleibt, selbst wenn er die Pflichten nicht erfüllt und dem Pächter erklärt, dass er sich nicht mehr als Verpächter betrachte, dennoch Verpächter und als solcher mittelbarer Besitzer.

Ist dagegen der mittelbare Besitzer Eigentümer, so wird der mittelbare Besitz durch das Eigentum getragen, d. h. mit der Aufgabe des Eigentums büsst der mittelbare Besitzer auch seinen Besitz ein. Eine Verzichterklärung des Eigentümers auf den mittelbaren Besitz stellt aber eine den Verzichtwillen auf das Eigentum zum Ausdruck bringende Willenserklärung dar. Und eine solche einseitige Aufgabe des mittelbaren Besitzes in der Absicht des Eigentumsverzichts (Eigentumsdereliktion) ist an Mobilien nach § 959 BGB. in ganz formloser Weise möglich. Bei Immobilien müsste gemäss § 928 BGB. noch eine Verzichterklärung gegenüber dem Grundbuchamt und die Eintragung derselben ins Grundbuch hinzukommen.

## § 17.

Es bedürfen noch zwei Beendigungsgründe des mittelbaren Besitzes, durch welche gleichfalls ein endgültiger Verlust des mittelbaren Besitzes bei Fortdauer des unmittelbaren eintritt, einer kurzen Erörterung: Die **Verjährung des Herausgabeanspruchs** und die **Ersitzung des Eigentums** durch den Mittler.[1]

Wenn Weidemann[2] erklärt: „Unrichtig ist die Behauptung Strohals, der mittelbare Besitz könne durch Verjährung des Herausgabeanspruchs oder Ersitzung an den Mittler verloren werden", so beruht seine Auffassung auf einer Verkennung des mittelbaren Besitzes. Zur Begründung führt er aus, der mittelbare Besitz erschöpfe sich nicht in dem Anspruch auf Herausgabe, und durch Ersitzung würden nur dingliche Rechte, niemals aber Besitz erworben.

Allerdings ist der Herausgabeanspruch mit dem mittelbaren Besitz nicht identisch.[3] Indessen bildet er eine der Voraussetzungen für die Existenz des mittelbaren Besitzes. Ist der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren gegenüber nicht mehr zur Herausgabe der Sache verpflichtet, so entfällt hiermit ein Essentiale für das Bestehen des mittelbaren Besitzes und muss, wie Strohal mit Recht folgert, der mittelbare Besitz erlöschen. Das ist eben der Fall, wenn der Herausgabeanspruch verjährt ist, da nunmehr nach § 222 BGB. der unmittelbare Besitzer dauernd die Herausgabe verweigern darf. Doch büsst der mittelbare

1) Vgl. Matthiass S. 14, Strohal S. 110, Windscheid-Kipp S. 710. 2) S. 70. 3) s. o. S. 28.

Besitzer nur dann seinen Besitz ein, wenn der Mittler von der Verjährung Gebrauch macht, nicht schon durch die blosse Verjährung an sich, weil die Verjährung ja nur bei ihrer Geltendmachung rechtlich in die Erscheinung tritt. So geht z. B. der Deponent, welcher erst nach einem Zeitraum von 30 Jahren vom Depositar die zur Aufbewahrung übergebene Sache zurückverlangt, seines mittelbaren Besitzes verlustig, wenn der Depositar die Einrede der Verjährung erhebt.

Was die Ersitzung betrifft, so führt sie selbstverständlich nicht den Erwerb irgendwelchen Besitzes herbei, sie verwandelt aber mit dem Erwerb des Eigentums den Zeitbesitz des Mittlers in Dauerbesitz und bringt dadurch den mittelbaren Besitz zum Untergang.

Dass die Voraussetzungen der Ersitzung: 10jähriger Eigenbesitz und guter Glaube, auch auf seiten des unmittelbaren Besitzers vorliegen können, ist nicht zu bezweifeln. Man nehme z. B. an, dass sich in der Bibliothek des Erblassers mehrere Werke befinden, die er entliehen hatte. Der Erbe weiss von dem mangelnden Eigentumsrechte des Erblassers nichts, glaubt vielmehr, der Erblasser sei Eigentümer der Werke gewesen. Fordert der Verleiher binnen 10 Jahren die Werke nicht zurück und ist dem Erben während dieser Zeit der Mangel seines Eigentums und das Bestehen des mittelbaren Besitzes unbekannt geblieben, so hat der Verleiher seinen mittelbaren Besitz verloren.